Das auf Befehl begangene Verbrechen.

Inaugural-Dissertation,

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

einer

Hohen Juristischen Fakultät

der

Königlich Württembergischen Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von

Ludwig Battenberg
Referendar aus Frankfurt a. Main.

Breslau.
Schletter'sche Buchhandlung
1916.

Das auf Befehl begangene Verbrechen.

Inaugural-Dissertation,

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

einer

Hohen Juristischen Fakultät

der

Königlich Württembergischen Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von

Ludwig Battenberg
Referendar aus Frankfurt a. Main.

Breslau.
Schletter'sche Buchhandlung
1916.

Genehmigt auf Antrag des Referenten

Professor Dr. Hegler.

Tübingen, am 26. Februar 1915.

Dem Andenken
meiner lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553613_0024

Einteilung der Arbeit.

Einleitung.

Seite

I

Kann es Fälle geben, in denen man auf Befehl zur Begehung einer strafbaren Handlung verpflichtet ist? 1

Hauptteil.

II.

A.

Die Verbindlichkeit des Befehls. 7

Vorbemerkung. 7

a) Geschichtliches 9

α) Das römische Recht 9

β) Das kanonische Recht 14

γ) Das altdeutsche Recht 17

δ) Die Artikelsbriefe 18

ε) Die neuzeitliche inländische Gesetzgebung vor dem geltenden Recht, insbesondere die der deutschen Einzelstaaten im 19. Jahrhundert 22

b) Das geltende Recht des Auslandes 30

c) Das geltende Recht des Inlandes: 37

α) Der Beamte 37

1. Allgemein 37

aa) Im Reich und in Preußen 37

bb) In Bayern 54

cc) In Sachsen 55

dd) In Württemberg 58

2. Einzelne Beamtenklassen insbesondere 63

aa) Minister 63

bb) Richter 64

cc) Staatsanwaltschaftliche Beamte 64

dd) Militärbeamte 66

β) Der Soldat 68

1. Allgemein 68

Seite

2. Besondere militärische Gehorsamspflicht auf Grund des Art. 64 der Reichtsverfassung? 82
γ) Der Schiffsmann 84

B.

Die Verantwortlichkeit für die Ausführung des deliktischen Befehls. 87
a) Der Gehorchende 87
1. Verantwortlichkeit für die in Ausführung eines bindenden Befehls begangene strafbare Handlung 87
α) Rechtmäßigkeitstheorie 87
β) Schuldlosigkeitstheorie 91
2. Verantwortlichkeit für die Ausführung des bewußtermaßen unverbindlichen deliktischen Befehs 99
3. Irrtum des Gehorchend. über die Verbindlichkeit des Befehls 101
b) Der Befehlende 105
1. Anstifter oder Täter? 105
2. Versuch 108
3. Besondere Strafandrohungen für den Befehlenden . . 109

III.

Schluß.

Folgerungen de lege ferenda. 113
1. Allgemeines 113
2. Der Beamte 115
3. Der Soldat 122
4. Der Schiffsmann 124

Litteratur und Quellen.

1. Archiv für öffentliches Recht, Bd. 1, Freiburg i. Br. 1886.
2. v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. 3. Berlin 1909.
3. Bennecke-Beling: Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozessrechts Breslau 1900.
4. Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl. Leipzig 1898.
5. Bernsten: Die Schiffsgewalt. Gött. Diss. 1904.
6. Bezold: Gesetzgebung des Deutschen Reiches, 3. Teil, Bd. I. Erlangen 1877.
7. Binding: Grundriß des deutschen Strafrechts, Allg. Teil. Leizig 1907, 7. Aufl.
8. — Handbuch des Strafrechts. Leipzig 1885.
9. — Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. Leipzig 1902.
10. Bauer: Handbuch des Militärstrafrechts. Erlangen 1872.
11. Brodmann: Die Seegesetzgebung des Deutschen Reiches. Berlin 1903.
12. van Calker: Das Recht des Militärs zum administrativen Waffengebrauch. München 1888.
13. — Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen. 1891.
14. Codex iuris Bavarici criminalis von 1751. München 1771.
15. Constitutio criminalis Theresiana von 1768. Wien 1769.
16. Corpus iuris canonici. Ausgabe v. Richter-Friedberg. Leipzig 1879, 1881.
17. Dangelmaier: Militärrechtl. und militärethische Abhandlungen. Wien und Leipzig 1893.
18. Deutsche Juristenzeitung Bd. 6.
19. Dietz: Handwörterbuch des Militärrechts. Rastatt 1912.
20. Döderlein: Die mittelbare Täterschaft de lege lata und de lege ferenda Straßb. Diss. 1911.
21. Dohna, Graf zu: Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. Halle 1905.
22. Drucksachen des Deutschen Reichstags I. Legislaturperiode III. Session 1872, 3. Bd.

22a. Ebermayer: Der Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs, 1914.

23. Eichholz: Grundzüge der Rechtsstellung das Kapitäns nach der Seemannsordnung vom 2. Juni 1902. Freiburger Diss. 1905.

24. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
25. Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
26. Festschrift, Paul Laband gewidmet von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg. Tübingen 1908.
27. Fischer: Das Recht des Deutschen Kaisers. Berlin 1895.
28. Flesch: Zur Lehre von der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt. Tübinger Diss. 1906.
29. Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11.—14. Aufl. Tüb. 1914.
30. Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs. Berlin 1911.
31. Der Gerichtssaal, Jahrgänge 1856 und 1878.
32. Girginoff: Der bindende Befehl im Strafrecht. Leipz. Diss. 1904.
33. Göz: Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg. Tübingen und Leipzig 1908.
34. Goltdammers Archiv für Strafrecht. Bd. 23 u. 30.
35. Goltdammer: Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten. Bd. I, 1851.
36. Graetzer: Mittelbare Täterschäft in Bezug auf ihre begriffliche Möglichkeit bei den einzelnen Deliktsklassen. Erlanger Diss. 1907.
37. Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. Bonn 1884—87.
38. Haenel: Deutsches Staatsrecht. Leipzig 1892.
39. Hecker: Lehrbuch des deutschen Militärstrafrechts, Stuttgart 1887.
40. Herz-Ernst: Strafrecht der Militärpersonen. Berlin 1905.
41. Hirth: Annalen des Deutschen Reichs, Jahrgänge 1885 und 1902.
42. v. Holtzendorff: Handbuch des Deutschen Strafrechts. Berlin 1871—1877.
43. — Rechtslexikon, Leipzig, 1880.
44. Hübner: Die rechtliche Stellung des Kapitäns zur Schiffsmannschaft. Leipz. Diss. 1906.
45. Kellerer: Begriff der rechtmäßigen Ausübung des Amtes seitens eines Beamten. Erl. Diss. 1906.
46. Kleinschrod: Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. Erlangen 1805.
47. Kohler: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 2, Leipz. und Berlin 1903.
48. v. Koppmann-Weigel, Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch für das deutsche Reich. München 1903.
49. Kröll: Die Bedeutung des Befehls nach Militärstrafrecht, Bresl. Diss. 1904.
50. Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Tübingen 1901, 1911, 1913.
51. Lewkowicz: Die Verpflichtung des Staatsbeamten, rechtswidrige Dienstbefehle seiner Vorgesetzten zu befolgen. Bresl. Diss. 1911.
52. v. Liszt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 19. Aufl. Berlin 1912.
53. Loening: Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Leipz. 1884.
54. Loewe: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. Berlin 1913.
55. Mappes: über das Recht des Waffengebrauchs durch die staatlichen Vollzugsorgane. Erl. Diss. 1891.

56. M. E. Mayer: Deutsches Militärstrafrecht (Sammlung Göschen) Leipzig 1907.
57. Otto Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. 2, Leipzig 1896.
58. — Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen. Tübingen 1909.
59. Meyer-Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 7. Aufl. Leipz. 1912.
60. Meyer-Anschütz: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts. Leipzig 1905.
61. Merkel: Lehrbuch des Deuschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
61a. Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung. Blg. zu Bd. 11, 12, 20.
62. v. Mohl: Staatsrecht des Königreichs Württemberg. Tübingen 1840.
63. Monumenta Germaniae historica inde ab anno Christi quingentesimo usque ad annum millesimum et quingentesimum. Hannover und Berlin 1826—1906. Legum sectio 1—5.
64. v. Nostiz-Wallwitz: Das militärische Delikt des Ungehorsams. Leipz. Diss. 1905.
65. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1912.
66. Penkert: Die Gehorsamspflicht des Staatsbeamten gegen gesetzwidrige Befehle Vorgesetzter und seine aus ihrer Ausführung entstehende Haftung Dritten gegenüber. Greifswalder Diss. 1911.
67. Perels: Die Seemannsordnung vom 2. Juni 1902 und ihre Nebengesetze. Berlin 1902.
68. Petri: Die mittelbare Täterschaft. Gött. Diss. 1911.
69. Posener: Die Staatsverfassungen des Erdballs. Leipzig 1909.
70. Reichmuth: Das Recht der Forstbeamten zum Waffengebrauch in Deutschland. Neudamm 1908.
71. Rein: Das Kriminalrecht der Römer. Leipzig 1844.
72. Rissom: Notwehr und Waffengebrauch des Militärs. Berlin 1906.
73. Rosenfeld: Der Reichsstrafprozeß. Berlin 1902.
74. v. Sarwey: Staatsrecht des Königreichs Württemberg. Tübingen 1883.
75. Schneider: Inwieweit bildet für den Staatsbeamten und inwieweit für den Soldaten die Gesetzwidrigkeit des Befehls eine Schranke der dienstlichen Gehorsamspflicht? Heidelb. Diss. 1911.
76. Schütze: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1874.
77. Schulze: Johann Friedr., Corpus iuris militaris. Berlin u. Frankfurt a. O. 1700.
78. Schwurgerichte und Schöffengerichte. Bd. II, Heft 1. Heidelberg 1909 (C. Winters Verlag).
79. v. Seydel: Bayerisches Staatsrecht. Freiburg i/B. und Leipzig 1896. Bd. 2.
80. Stenglein: Sammlung der Deutschen Strafgesetzbücher. München 1858
81. Sülflow: Der Befehl im Strafrecht. Heidelb. Diss. 1910.
82. v. Sutner: Das Beamtengesetz für das Königreich Bayern. Nürnberg und Berlin 1908.
83. Tiessen: Die strafrechtlichen Wirkungen des rechtswidrigen Befehls. Königsb. Diss. 1911.
84. Thomsen: Das deutsche Strafrecht. Berlin 1906.

85. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allg. Teil Bd. 1. (1908) und Besonderer Teil Bd. 1 (1906), Berlin.
86. Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Begründung. Berlin 1909.
87. Wachsmuth: Die zivilrechtliche Haftung des Staatsbeamten und des Soldaten für eine in Ausführung eines gesetzwidrigen Befehls gegenüber einem Dritten begangene Pflichtverletzung nach preußischem und Reichsrecht. Rostocker Diss. 1912.
88. Walter: Corpus iuris Germanici antiqui, Berlin 1824.
89. Weber: Die Schiffsgewalt des Kapitäns und ihre geschichtlichen Grundlagen. Bonner Diss. 1907.
90. Weiffenbach-Wolf: Handbuch für die Ausübung der niederen Gerichtsbarkeit in Friedenszeiten. Berlin 1901.
91. Wilda: Strafrecht der Germanen. Halle 1842.
92. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd 1, Blg. 1; 2, Blg. 1 28, Blg.; 35.

Abkürzungen.

Abgesehen von den allgemein gebräuchlichen und daher keiner Erläuterung bedürfenden sind die meisten in der Arbeit enthaltenen Abkürzungen, insbesondere soweit als Abkürzung der Name des Verfassers dient, an Hand des beigegebenen, alphabetischen Litteratur- und Quellenverzeichnisses ohne Weiteres verständlich. Der Erläuterung bedürfen folgende Abkürzungen (unter der zur Erklärung beigesetzten Nummer ist das Werk im Litteratur- und Quellenverzeichnis zu finden):

1.	Binding, HB	8
2.	Binding, LB	9
3.	van Calker	13
4.	DJZ	6
5.	GE	30
6.	GS	31
7.	GA	34
8.	HA	41
9.	HH	42
10.	Mitt. d. JKV	61a
11.	M. E. Mayer (ohne weiteren Zusatz) M. E. Mayer Aufsatz in	26
12.	Otto Mayer (ohne Zusatz)	57
13.	RG	24
14.	RMG	25
15.	RvD	85
16.	VE	86
17.	Z	92

Vorwort.

Die vorliegende Arbeit war beim Ausbruch des Weltkrieges im Wesentlichen abgeschlossen. Seit 18. August 1914 unter der Fahne, konnte ich nur einen kurzen Krankheitsurlaub im Februar 1915 zu einer summarischen Überarbeitung und alsbaldigen Einreichung der Arbeit bei der Juristischen Fakultät zu Tübingen verwenden. Erst jetzt, im Dezember 1915, gibt mir wiederum ein Lazarettaufenthalt Gelegenheit zur unmittelbaren Vorbereitung des Druckes. Hierbei muß ich mich aufs Allernotwendigste an sachlichen Zusätzen und Korrekturen beschränken, wenn ich die ohnehin schon von der Fakultät in weitherzigem Entgegenkommen bis zum 1. März 1916 verlängerte Frist zur Ablieferung der Pflichtexemplare nicht über Gebühr überschreiten will. Ich muß deshalb im Hinblick auf die vis maior der Zeitumstände um Nachsicht dafür bitten, daß die Litteratur nach 1913 nur ganz ausnahmsweise noch berücksichtigt werden konnte, und die eine oder andere an sich wünschenswerte Ergänzung unterbleiben mußte.

Außerordentlichen Dank schulde ich dem Herrn Referenten, Prof. Dr. Hegler in Tübingen, der meine Arbeit mit Rat und mannigfachster Anregung unterstützte. In Dankbarkeit gedenke ich auch meiner verehrten Lehrer, Prof. Dr. v. Frank in München und Prof. Dr. Traeger in Marburg, deren unvergeßlicher Vortrag mir die Strafrechtswissenschaft zum liebsten Arbeitsgebiet gemacht hat.

Baden-Baden, den 2. Januar 1916.

Der Verfasser.

I.

Kann es Fälle geben, in denen man auf Befehl zur Begehung einer strafbaren Handlung verpflichtet ist?

„Recht ist die Politik der Macht." Mit diesem Ausspruch des großen Jhering beginne ich die vorliegende Abhandlung. Denn er gibt uns sofort den meines Erachtens einzig richtigen Ausgangspunkt für die Erörterung des Problems, mit dem wir uns beschäftigen wollen. Was er uns sagt, ist folgendes: Der Staat ist eine gegebene, reale Macht, ist das höchste Gewaltsubjekt, mit dem wir im irdischen Leben zu rechnen haben. Dieses Gewaltsubjekt, dem niemand übergeordnet ist, kann an und für sich tun und unternehmen, was ihm beliebt — es mag gut oder schlecht, nützlich oder schädlich, sinnvoll oder zwecklos sein. Diese Tatsache, die mit etwaigen Postulaten der Ethik, der allgemeinen Wohlfahrt usw. nicht das Mindeste zu tun hat, diese Tatsache besteht und wird fortbestehen, solange es ein menschliches Zusammenleben gibt, und nur wer im Banne weltfremder Aufklärungsphilosophie den Staat als Abstraktum, etwa als Vertrag der Einzelnen, statt als reales, höchstes Machtgebilde auffaßt, wird den Versuch machen wollen, sie zu bestreiten.

Eine andere Frage ist es nun aber, inwieweit der Staat von dieser ihm an sich zustehenden schrankenlosen Aktionsfreiheit Gebrauch macht. Tut er dies in vollem Umfange, waltet er blind wie eine Naturkraft, oder wie ein launenhafter, egoistischer Mensch, nichts kennend, als seinen stets unberechenbaren, an keinerlei Grundsätze und Voraussetzungen gebundenen Willen, so haben wir die Despotie.

Erkennt er für sein Wirken gewisse leitende Gesichtspunkte an insbesondere den der allgemeinen Wohlfahrt, wandelt er im

allgemeinen in selbstvorgeschriebenen, bestimmten Bahnen, indem er allgemein gültige Gesetze und Verordnungen erläßt, behält er sich aber gleichwohl jederzeit die Möglichkeit vor, jene Bahnen in irgend einem Einzelfall ohne Weiteres zu verlassen, so haben wir den Polizeistaat.

Verzichtet er aber grundsätzlich auf den Gebrauch seiner schrankenlosen Aktionsfreiheit im Einzelfall, erklärt er sich an das von ihm frei geschaffene Vorschriftensystem, das er freilich als solches jederzeit wieder ändern kann, im Einzelfall für gebunden, so haben wir den Rechtsstaat.

Dies alles zusammengefaßt, ergibt sich uns als Sinn der Worte: „Recht ist die Politik der Macht“: Der Staat kann prinzipiell Alles, was er will. Für ihn bestehen nur die Schranken, die er sich selbst gesetzt hat, — entsprechend der Kulturstufe seiner Gewaltunterworfenen. Und diese Schranken sind das Recht.

Hiermit haben wir den leitenden Gesichtspunkt gewonnen für die Beurteilung der Frage, über die wir uns vor allem klar sein müssen, wenn wir von dem „auf Befehl begangenen Verbrechen“ reden wollen. Viele Schriftsteller, die sich mit unserer Materie beschäftigt haben, gehen ohne Weiteres von dem vermeintlichen Axiom aus, der rechtswidrige Befehl sei niemals verbindlich, ja, er könne es überhaupt nicht sein — zum mindesten nicht im Rechtsstaat. So Berner, Lehrbuch S. 102, M. E. Mayer, Deutsches Militärstrafrecht I. S. 116 ff.; ders., Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, in der Festschrift für Laband, Tüb. 1908; v. Kirchenheim, GS 1878, S. 199; Schneider, insbes. S. 68; mit Einschränkungen Bauer in Hirths Annalen, 1902 S. 890.

Mit der Behauptung, daß es irgend etwas rechtlich nicht geben könne, muß man sehr vorsichtig sein. Der Staat kann als geltendes Recht, wie wir gesehen haben, aussprechen, was er will. Nur die eine Einschränkung müssen wir für den Rechtsstaat allerdings machen, daß in ihm nichts geltendes Recht sein kann, was mit seinem übrigen ihn selbst bindenden Normensystem, d. h., da ihm gerade dies seinen Charakter als Rechtsstaat verlieh, mit ihm selbst unvereinbar wäre.

Fragen wir uns nun: Kann der Rechtsstaat wollen, d. h. als wünschenswert erstreben, daß etwas geschieht, was er in seinen

Normen verboten und mit Strafe bedroht hat?, so lautet die Antwort: Nein, dies kann er freilich nicht wollen. Damit würde er seinen Charakter als Rechtsstaat aufgeben. Eine ganz andere Frage aber ist die: Kann er es unter Umständen aus gewissen Gründen darauf ankommen lassen wollen, daß seine Normen verletzt werden? Und hierauf ist mit einem unbedingten Ja! zu antworten. Denn hierin liegt kein Widerspruch. Die sehr verschiedenen Interessen, um derentwillen die staatlichen Normen da sind, können vom Staate nicht gleich gewertet werden. Wo daher auf der einen Seite die Möglichkeit einer Normverletzung vorliegt, auf der anderen Seite aber durch Beschränkung oder Ausschaltung dieser Möglichkeit ein anderes, wichtigeres Interesse als das durch jene Norm geschützte gefährdet werden würde, da kann der Staat es auf Verletzung jener Norm ankommen lassen, d. h. er kann dieses Interesse für unter allen Umständen schutzwürdiger erklären, auch auf die Gefahr jener Normverletzung hin, womit noch lange nicht gesagt ist, daß er eintretendenfalls die Normverletzung billigt, daß er sie will, sie mit seiner Autorität vertritt.

Genau so liegt es nun aber, wenn der Staat die Gewaltunterworfenen eines Subordinationsverhältnisses selbst dann zum Gehorsam verpflichtet, wenn der Befehl auf Ausführung einer strafbaren Handlung geht, vielleicht sogar dann, wenn der Gehorchende sich dessen klar bewußt ist. Hier kann der Staat, auch der Rechtsstaat, ohne mit sich in Widerspruch zu geraten, sagen: Die stete Handlungsbereitschaft dieses oder jenes meiner Organe, das absolut verläßliche Funktionieren des gesamten ihm unterstellten Personenaparats, ist mir derart wichtig, daß ich es demzuliebe selbst darauf ankommen lasse, daß eine strafbare Handlung gegen einzelne meiner Untertanen oder deren Gesamtheit, ja sogar gegen mich selbst begangen wird. Es ist sogar möglich, daß der Staat es für zweckmäßig hält, nicht nur seinen Organen, sondern selbst Privatpersonen gegenüber eine derartige weitgehende Gehorsamspflicht zu stabilieren.

Hier wendet nun M. E. Mayer (Festschrift S. 123 ff.) ein, daß ein derartig weitgehendes Interesse des Staates an der Gehorsamspflicht tatsächlich nicht bestehe, wofern man nur den Begriff des rechtmäßigen Befehls von dem des rechtswidrigen richtig abgrenze. Dies geschehe meist nicht und sei die „ergiebigste und am wenigsten

beachtete Fehlerquelle". Wenn man freilich, wie dies vielfach geschehe, jede materiell unrichtige Entscheidung, auch wenn sie nur auf irrtümlich falscher Beurteilung tatsächlicher Verhältnisse beruhe, als rechtswidrig bezeichne, und die Gehorsamspflicht auf die danach rechtmäßigen Handlungen beschränken wollte, so wäre dies allerdings „mit der im Staatsdienst erforderlichen Subordination unvereinbar." Jene Voraussetzung sei aber unrichtig. Man müsse für die Beurteilung der materiellen Rechtmäßigkeit unterscheiden zwischen dem „abstrakten" Gesetzeswillen und dem „konkretisierten" Gesetzeswillen, wie er in der auf den Einzelfall bezüglichen autoritativen Entscheidung, also z. B. im Befehl enthalten sei. „Rechtswidrig" sei danach nur der Befehl, der das Produkt einer unechten „Konkretisierung" sei. Unecht aber sei „die objektlose und die böswillige Konkretisierung". Eine objektlose Konkretisierung liegt nach M. E. Mayer dann vor, wenn „kein abstrakter Imperativ aufzufinden" ist, „auf den sich der konkrete zurückführen ließe, was namentlich zutrifft, wenn eine den Befehl ausdrücklich ausschließende Norm nachzuweisen ist. Man denke etwa an absolut nichtige Urteile, an Haftbefehle, von denen die StPO nichts weist, an Verwaltungsmaßnahmen die jenseits der gesetzlichen Schranken liegen." (S. 128 a. a. O.) „Böswillig" sei die vorsätzlich oder fahrlässig falsche Konkretisierung eines vorhandenen abstrakten Imperativs. Jede andere Konkretisierung sei „echt" und der ihr Produkt darstellende Befehl „rechtmäßig". Denn „so wenig wie die Persönlichkeiten lassen sich die Irrtümer aus der Justiz und Verwaltung ausscheiden, sie sind ein integrierender Bestandteil der Rechtsverwirklichung. Somit kann nicht mehr verlangt werden, als daß ein pflichttreues Organ des Staates einen Rechtssatz verwirklicht hat." (S. 129 a. a. O.) Ähnlich Binding in spezieller Anwendung auf die Vollstreckungsbefehle im Sinn des § 113 StGB (Lehrbuch II. S. 767.) „Und so ist der Amtsakt, dem nicht widerstanden werden darf, allein derjenige, der dem Vollstreckungswillen des Gesetzes allseitig entspricht."

Diese Lehre ist zwar für durchaus zutreffend zu erachten. Die entgegengesetzte Auffassung, wonach z. B. auch sachlich unzutreffende Urteile rechtswidrig wären (sehr deutlich z. B. bei Kleinfeller, RvD Allg. Teil I. S. 278 unten) schließt die in sich widerspruchsvolle Behauptung ein, daß etwas rechtswidrig sein

könne, was der Staat, der Träger der Rechtsordnung, mit seiner Autorität vertritt, woran doch jedenfalls, sobald das unzutreffende Urteil in Rechtskraft erwachsen ist, nicht gezweifelt werden kann, und führt in der Tat zu unmöglichen Konsequenzen.

Die Ansicht M. E. Mayers, daß ein Interesse des Staates am verläßlichen Funktionieren eines Subordinationsorganismus innerhalb des nach Mayers Lehre für den rechtswidrigen Befehl verbleibenden, wesentlich eingeengten Gebietes nicht bestehen könne, ist aber trotzdem um nichts weniger verfehlt. Wenn der Untergebene bei der Verweigerung des Gehorsams seinerseits nicht dem Irrtum unterworfen wäre, dann könnte ja ein Bedenken gegen eine Beschränkung der Gehorsamspflicht niemals auftauchen. Solange aber die Möglichkeit besteht, daß ein im Staatsinteresse liegender, vom Staatswillen wirklich geforderter Akt nicht zur Ausführung gelangt, weil sich der Untergebene auf seine wirkliche oder vorgebliche Annahme der Unrechtmäßigkeit eines in Wahrheit rechtmäßigen Befehls berufen kann — und diese Gefahr besteht ebenso, nur in geringerem Umfange, wenn der Untergebene über eine subjektive Pflichtwidrigkeit seines Vorgesetzten, als wenn er über einen Irrtum desselben sich ein Urteil erlauben darf — solange kann man auch die Möglichkeit nicht bestreiten, daß der Staat sein Interesse an dem absolut verläßlichen Funktionieren eines Subordinationsorganismus höher bewertet, als den Schutz eines größeren oder kleineren Kreises von Rechtsgütern.

Der Staat handelt, wenn er sich auf diesen Standpunkt stellt, und eine derartig weitgehende Befehlsgewalt erteilt, durchaus nicht anders, als ein Bankier, der einzelnen seiner Angestellten die Tresorschlüssel anvertraut. Er muß sich hierbei sagen, daß sein Vertrauen mißbraucht werden, daß er selbst aufs Empfindlichste geschädigt, vielleicht in seiner Existenz vernichtet werden kann — aber er tut es, weil er glaubt, daß er für seinen Geschäftsbetrieb notwendig ist, weil er selbst nicht immer da sein kann, weil es anders zu umständlich wäre. Aber deshalb *will* er selbstverständlich nicht, daß sein Vertrauen mißbraucht wird, und ist himmelweit davon entfernt, damit einverstanden zu sein, wenn er bestohlen wird.

Wohl gemerkt: Ich enthalte mich vorerst jedes Urteils darüber, ob und inwieweit es zu billigen ist, wenn der Staat sein

Interesse an dem tadellos sicheren Funktionieren irgend eines Subordinationsorganismus derart hoch bewertet, daß er zum Gehorsam selbst gegen Befehle zu rechtswidrigen, ja strafbaren Handlungen verpflichtet. Diese Erwägungen gehören der Rechtspolitik an und sollen grundsätzlich dem Schluß unserer Betrachtungen vorbehalten bleiben. Ich will mich daher auch zunächst nicht etwa gegen Die wenden, die einen solchen Standpunkt des Staates niemals billigen —, wiewohl mir dies vorkommt, wie wenn man einem Bankier zumuten wollte, die Tresorschlüssel niemals aus der Hand zu geben. Ob eine solche Ansicht praktisch, politisch möglich ist, lasse ich hier dahingestellt; jedenfalls ist sie logisch haltbar. Was aber unhaltbar ist, das ist die Lehre von der Unmöglichkeit eines rechtswidrigen verbindlichen Befehls. Tatsächlich hat denn auch das Recht von Anbeginn seiner uns bekannten Geschichte an solche Befehle gekannt und kennt sie heute noch.

II.

A.

Die Verbindlichkeit des Befehls.

Vorbemerkung:

Bevor wir die Behandlung des Gehorsamsproblems im positiven Recht betrachten, müssen wir unsere prinzipielle Stellungnahme zu einer immer wiederkehrenden Auslegungsfrage präzisieren, die sowohl für das historische als auch für das geltende Recht von grundlegender Bedeutuug ist.

In den meisten positiven Rechtssätzen — mit Ausnahme der älteren Rechtssysteme — findet sich nämlich über das Primäre, den Umfang der Gehorsamspflicht, keine direkte Bestimmung, vielmehr muß man aus Bestimmungen über das Sekundäre, die Verantwortlichkeit bzw. Unverantwortlichkeit des Befehlenden oder des Gehorchenden oder beider erst einen Rückschluß auf die Grenzen der Gehorsamspflicht ziehen.

Hier zeigt sich nun bei manchen Schriftstellern die Tendenz, einen über die Grenzen des materiell Rechtmäßigen hinausgehenden Gehorsam nur dort anzunehmen, wo der klare Wortlaut des Gesetzes gar keine andere Wahl läßt. Wo das nicht der Fall ist, werden selbst die gewagtesten und unwahrscheinlichsten Interpretationen der nächstliegendsten und natürlichsten vorgezogen, um das unerwünschte Ergebnis zu vermeiden. So insbesondere da, wo in einem gewissen Umfang die Unverantwortlichkeit des Gehorchenden ausgesprochen ist. (Vgl. M. E. Mayer, Festschrift S. 141—143, S. 159; Rissom bei Dietz, Handwörterbuch des Militärrechts, Art. „Befehl“ S. 102; Bauer in Hirths Annalen 1902

S. 899 f, van Calker S. 114.) Hier wird darauf hingewiesen, man könne „zwar aus der Verbindlichkeit eines Befehls auf die Unverantwortlichkeit des ausführenden Organs schließen, keineswegs aber umgekehrt.“ (M. E. Mayer, S. 159, Schneider S. 58 ff.) Es liegt mir fern, die Richtigkeit dieses Satzes bestreiten zu wollen. Man muß von der Unverantwortlichkeit des Gehorchenden keineswegs auf die Verbindlichkeit des Befehls schließen. Denn nicht nur diese letztere, sondern auch andere Ursachen, insbesondere ein strafrechtlich beachtlicher Irrtum über die Verbindlichkeit oder Rechtswidrigkeit können der Unverantwortlichkeit des Gehorchenden zugrunde liegen. Dagegen muß ich allerdings daran festhalten, daß der Schluß von der Unverantwortlichkeit auf die Verbindlichkeit prinzipiell als das Normale und Nächstliegende anzusehn ist. Denn man darf nicht verkennen, daß die Tendenz zum Ausschluß einer Prüfung des Befehls durch den Gehorchenden im Wesen des Gehorsamsverhältnisses an sich begründet ist. Gehorsam ist eben nichts anderes als die Absorption der freien Entschließung einer Persönlichkeit durch eine andere Persönlichkeit. Nicht diese Regel, sondern jede Ausnahme davon, jede Einschränkung des ihr zugrunde liegenden Prinzips bedarf eines zweifelsfrei klaren Ausdrucks im Gesetz. Die oben bezeichnete Tendenz bei der Auslegung positiver Rechtssätze ist daher als solche entschieden abzulehnen. Daß ihre Anerkennung bei einzelnen Rechtssätzen am Platze ist, soll und muß zugegeben werden. Eine gewisse Vermutung für sie wird überall da bestehen, wo die Verantwortlichkeit des Gehorchenden als die Regel, seine Unverantwortlichkeit als die Ausnahme bezeichnet ist, während im umgekehrten Falle die Verbindlichkeit des Befehls fast überall anzunehmen ist. Dies trifft jedoch keineswegs in allen Fällen zu. So ist z. B. im folgenden S. 34, 35 trotz prinzipieller Verantwortlichkeit des Gehorchenden die Verbindlichkeit des Befehls angenommen, S. 36 dagegen trotz prinzipieller Unverantwortlichkeit nicht. Die Frage ist eben für jede Vorschrift besonders zu prüfen unter Heranziehung aller in Betracht kommenden Gesichtspunkte; so insbesondere neben dem Wortlaut im Einzelnen die Tendenz des betreffenden Gesetzes, die Natur des Gewaltverhältnisses, die etwaige Beziehung zu anderen Gesetzen. Wo dies alles jedoch zu keinem sicheren Ergebnis führt, da ist, wie gesagt aus der Natur des Gehorsamsver-

hältnisses an sich der Rückschluß von der Unverantwortlichkeit des Gehorchenden auf die Verbindlichkeit des Befehls als die gegebene Auslegung anzusehen.

a) Geschichtliches.

α) Das römische Recht.

Bei einem Staat, dessen Privatrechtssystem ein Gewaltverhältnis von so ungeheurer Intensität kennt, wie die römische patria potestas, kann es uns nicht wundernehmen, wenn die Gehorsamspflicht des Einzelnen nicht nur öffentlich rechtlichen Organen gegenüber, sondern auch gegenüber Privaten über den Kreis der objektiv rechtmäßigen Handlungen hinausgeht.

Eine ausdrückliche Anerkennung des bindenden rechtswidrigen Befehls enthalten die Stellen l 169 pr. D de regulis juris 50, 17: Is damnum dat, qui jubet dare: ejus vero nulla culpa est, cui parere necesse sit, und l 37 pr. D ad legem Aquiliam 9, 2: Liber homo si jussu alterius manu injuriam dedit, actio legis Aquiliae cum eo est, qui jussit, si modo jus imperandi habuit: quod si non habuit, cum eo agendum est, qui fecit. Abgesehen von der Existenz des verbindlichen rechtswidrigen Befehls können wir freilich aus diesen beiden Stellen nur den selbstverständlichen Gedanken entnehmen, daß der einem solchen Befehl Gehorchende deswegen nicht zur Verantwortung gezogen werden kann. Über die tatsächlichen Grenzen der Befehlsgewalt im römischen Recht sagen sie uns nichts. Tatsächlich existierte jedoch eine solche Begrenzung, wie wir wenigstens für die privatrechtlichen Gewaltverhältnisse mit Sicherheit sagen können. Weder der Sklave noch der Haussohn war gehalten, schlechthin jeden Befehl des Herrn bzw. Vaters zu befolgen. Zwar sagt l 4 D De regulis juris 50, 17: Velle non creditur, qui obsequitur imperio patris vel domini. Aber diese allgemeine Regel wird zunächst für den Sklaven wesentlich eingeschränkt durch folgende Stellen: l 157 pr. D de regulis juris 50, 17: Ad ea quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis. vel his, qui vice dominorum sunt, veluti tutoribus et curatoribus obtemperaverint. Sodann l 20 D de obl. et act. 44, 7: Servus non in omnibus rebus sine poena domino dicto audiens esse solet, sicuti si dominus hominem occidere aut furtum alicui facere servum jussisset. Ferner c 2 C de sepulcr.

viol. 9, 19: Si servus in demoliendis sepulchris fuerit apprehensus, si id sine domini scientia faciat, metallo addicatur, si vero domini auctoritate vel jussione urguetur, relegatione plectetur. Endlich l 17 § 7 D de iniuriis et fam. lib. 47, 10: Si iussu domini servus iniuriam fecerit, utique dominus conveniri poterit etiam suo nomine. Sed si proponatur servus manumissus, placet Labeoni dandam in eum actionem, quia et noxa caput sequitur, nec in omnia servus domino parere debet. Aus diesen Stellen ergeben sich also folgende Grundsätze bzgl. des Sklavengehorsams: Der Sklave hat den Befehlen seines Herrn unbedingt zu gehorchen, ausgenommen den Fall, daß der Befehl auf Verübung einer schweren Straftat geht, quae habet facinoris vel sceleris atrocitatem. In diesem Fall ist er zum Gehorsam nicht verpflichtet und macht sich durch Ausführung des Befehls strafbar. Allerdings kann, wie c 2 C. de sepulc. viol. 9, 19 beweist, der Befehl in einem solchen Fall als Strafmilderungsgrund wirken.

Über die Grenzen der Gehorsamspflicht des Haussohns findet sich nur eine besondere Vorschrift. Sie steht l 4 § 11 D de re militari 49, 16: Qui filium suum subtrahit militiae belli tempore, exilio et bonorum parte multandus est: Si in pace, fustibus caedi iubetur et requisitus iuvenus vel a patre postea exhibitus in deteriorem militiam dandus est: Qui enim se sollicitavit (andere Lesart: se sollicitari sustinuit) ab alio, veniam non meretur. Daraus sehen wir schon, daß auch der Gehorsam des Haussohnes kein unbeschränkter war. Die Soldatenpflicht ging der Gehorsamspflicht gegen den Vater vor. Zweifellos aber war diese Beschränkung nicht die einzige. Es erscheint undenkbar, daß die Gehorsamspflicht des Sohnes, als eines Freien, gegenüber dem pater familias weiter gegangen wäre, als die des Sklaven. Andererseits fehlt aber auch zu der Annahme, daß sie weniger weitgehend gewesen wäre, jegliche Unterlage. Vielmehr wird aus dem Umstand, daß in der allgemeinen Regel l 4 D de reg. iuris. 50, 17 der Haussohn ausdrücklich neben dem Sklaven genannt ist, in Ermanglung besondrer, die Gehorsamspflicht des Ersteren beschränkender Bestimmungen der Schluß zu ziehen sein, daß seine Gehorsamspflicht dieselben Grenzen hatte, wie die des Sklaven, sodaß der Haussohn auf Befehl des Vaters auch Delikte, wofern sie nicht facinoris vel sceleris atrocitatem hatten, auszuführen verpflichtet war.

Wir sehen also, daß die privatrechtlichen Gewaltverhätnisse bei aller Intensität, mit der sie von der Rechtsordnung ausgestattet waren, schon im römischen Recht nicht mehr derartig hoch bewertet wurden, das man es ihnen zuliebe auf schwere Rechtsverletzungen ankommen lassen wollte — ein Standpunkt, den das moderne Recht, wie wir sehen werden, naturgemäß erst recht in noch viel weitergehendem Maße vertritt.

Anders bei den Gewaltverhältnissen des öffentlichen Rechts, insbesondere beim Militärdienst. Die von manchen Schriftstellern zitierte Stelle l 3 § 15 D de re militari 49, 16: In bello qui rem a duce prohibitam facit aut mandata non servavit, capite punitur, etiamsi res bene gesserit, scheint mir hier allerdings nicht verwertbar zu sein. Die bei allen römischen Historikern und Militärschriftstellern unendlich oft wiederkehrende Wendung „res bene gerere" bedeutet nämlich, wie jedem aus der Caesarlektüre seiner Schulzeit erinnerlich sein dürfte, nichts anderes als „Erfolg haben". Sie hat nicht etwa die allgemeine Bedeutung, die sich aus einer wörtlichen Übersetzung ergeben würde: „gut, richtig, recht handeln". Die betreffende Pandektenstelle will also weiter nichts sagen, als daß der militärische Ungehorsam nicht etwa dann straflos ist, wenn der Erfolg zeigt, daß die Beurteilung der Sachlage durch den ungehorsamen Untergebenen militärisch richtiger und zweckmäßiger gewesen ist, als die durch den Vorgesetzten — eine im Interesse der militärischen Disziplin unbedingt notwendige Vorschrift, die aber mit unserer Frage nichts zu tun hat.

Wichtig für uns ist dagegen die Stelle l 6 § 2 D de re militari 49, 16: Contumacia omnis adversus ducem vel praesidem militis capite punienda est. Gegenüber dieser äußerst bestimmt gefaßten positiven Regel über die militärische Gehorsamspflicht ist eine negative, einschränkende nicht vorhanden. Man wird hieraus den Schluß ziehen müssen, daß eine solche Beschränkung auch nicht existierte, daß der römische Soldat den Befehlen seiner Vorgesetzten schlechthin unbedingten Gehorsam schuldete. So auch Dangelmaier S. 8; Kröll S. 6. Dagegen van Calker S. 63 ff. Van Calker meint, da das besondere Recht — das Militärrecht — keine besonderen Bestimmungen über die Grenzen der Gehorsamspflicht enthalte, müsse „angenommen werden, daß auch für den Soldaten in dieser Richtung die Prinzipien des allgemeinen Rechts Geltung

haben". Dies Argument könnte man gelten lassen, wenn das römische Recht überhaupt keine Bestimmung über den Soldatengehorsam enthielte. v. Calker übersieht, daß die Stelle l 6 § 2 D de re mil. 49. 16 eine ganz spezielle Regelung des militärischen Gehorsams als solchen darstellt, was man, abgesehen von der systematischen Stellung der Bestimmung in einem speziell das Militärrecht behandelnden Abschnitt der Digesten, schon aus ihrer ungleich bestimmteren Fassung gegenüber den Stellen l 37 pr D ad leg. Aquil. 9. 2 und 14 D de reg. iur. 50 17 sowie aus der schweren Strafandrohung für den Fall des Ungehorsams entnehmen kann. Ist es aber so, daß durch diese militärrechtliche Bestimmung das ganze Gebiet der Gehorsamslehre aus dem allgemeinen Recht herausgehoben und für das Militärrecht besonders geregelt wird, dann können einschränkende Bestimmungen des ersteren für das Militärrecht nicht in Betracht kommen.

Wenn v. C. sodann ausführt, die Annahme „daß der römische Soldat zu einer ausgedehnteren Gehorsamspflicht verbunden gewesen wäre, als der römische Sklave, würde der hohen Auffassung der Römer über das Kriegswesen und der ehrenvollen Stellung, die der Soldat im Recht genießt, vollkommen widersprechen" (S 68 a. a. O.) so verkennt er den tiefgreifenden Unterschied, der hier nicht nur zwischen der Stellung der Gehorchenden, sondern auch zwischen der der Befehlenden und den Gehorsamsverhältnissen überhaupt besteht. Dort handelt es sich um irgend einen Privatmann als Befehlsgeber, hier handelt es sich um öffentlich-rechtliche Organe. Dort liegen die Zwecke und Aufgaben, um derentwillen ein zuverlässiges Funktionieren des Subordinationsorganismus wünschenswert erscheint, lediglich im Interesse eines Einzelnen, hier sind sie in ihrer Gesamtheit identisch mit der Sicherheit und Macht des Staates. War daher ein Schluß von der Gehorsamspflicht des Sklaven auf die des Haussohns, wie wir ihn oben gezogen haben, durchaus berechtigt, weil dort sowohl die Stellung des Befehlsgebers wie auch die Natur des Gewaltverhältnisses und die dadurch zu erstrebenden Zwecke die gleichen waren, so erscheint es nicht angängig, denselben Schluß bezüglich der soldatischen Gehorsamspflicht zu ziehen, wo diese Übereinstimmung fehlt.

Über den Umfang der Gehorsamspflicht außerhalb des militärischen Dienstverhältnisses sind wir im Wesentlichen auf Ver-

mutungen angewiesen. An positiven Vorschriften besitzen wir hier nur eine solche über den Gehorsam gegenüber den Befehlen des iudex. L. 167 § 1 D de reg. iur. 50,17 sagt: qui iussu iudicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere quia parere necesse est. Zur Auslegung dieser Vorschrift ist m. E. l 170 D de reg. iur. 50,17 heranzuziehen: factum a iudice, quod ad officium eius non pertinet, ratum non est. Es fragt sich, in welchem Verhältnis die beiden Stellen zu einander stehen. Unzutreffend wäre es m. E., wenn man l 170 als die allgemeine Regel, daß eine ungesetzliche Handlung des Richters keine rechtliche Gültigkeit habe, und l 167 als eine unabhängig hiervon die unbedingte Verpflichtung zum Gehorsam gegenüber den Befehlen des iudex aussprechende Bestimmung auffassen wollte. (So anscheinend Girginoff S. 79, der aber l 170 nicht heranzieht.) Denn so verstanden würde l 170 doch eine wirklich zu handgreifliche Selbstverständlichkeit aussprechen, wennschon nicht zu verkennen ist, daß der älteren Gesetzgebungstechnik das ausdrückliche Aussprechen von Selbstverständlichkeiten nicht so fremd war wie der heutigen. Und zudem ist eine unbedingte Gehorsamspflicht gegenüber den Befehlen des iudex wenig wahrscheinlich. Es ist doch zu bedenken, daß wenn es sich hier auch um ein öffentlich-rechtliches Gewaltverhältnis handelt, die durch dasselbe zu erreichenden Zwecke doch nicht derartig mannigfaltig sind, und auch nicht derartig schneller Verwirklichung bedürfen, wie dies beim militärischen Gewaltverhältnis der Fall ist. Die vom Richter vorzunehmenden Amtshandlungen bewegen sich naturgemäß in einem viel engeren und speziell im römischen Prozeßrecht ganz fest umschriebenen Kreis. Daß eine Gehorsamspflicht auch dann bestanden haben sollte, wenn der Befehl des Richters auf eine zweifellos außerhalb dieses Kreises liegende Handlung ging, ist daher durchaus unwahrscheinlich.

So scheint mir l 167 durch l 170 dahin interpretiert werden zu müssen, daß grundsätzlich der richterliche Befehl Gehorsam heischt, jedoch dann nicht, wenn die befohlene Handlung „ad officium eius non pertinet“. Hier taucht aber die Frage auf, wie der Ausdruck „officium“ hier aufzufassen ist: Ob so, daß darunter nur im konkreten Falle tatsächlich einwandfreie, streng amtspflichtmäßige Handlungen fallen, oder aber so, daß nur eine Befugnis des Richters im Allgemeinen zur Vornahme derartiger Hand-

lungen, eine „allgemeine Zuständigkeit“, erfordert wird — ein Problem, mit dem wir uns auch in anderem Zusammenhang werden beschäftigen müssen. Der Wortlaut läßt beide Auslegungen zu. Nach der Natur der Sache dürfte jedoch der zweiten der Vorzug zu geben sein. Denn die erste Auslegung würde dahin führen, daß die Befehle des Richters einer an sich schrankenlosen Nachprüfung durch die von ihnen betroffenen Privaten unterlägen, was schwerlich die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein kann. M. E. bestand also den Befehlen des iudex gegenüber nur dann keine Gehorsamspflicht, wenn sie auf eine Handlung gingen, die zweifellos nicht zu seinem „officium“ gehören konnte.

Ein Rückschluß auf den im allgemeinen den Staatsbeamten außerhalb des Militärdienstes geschuldeten Gehorsam wird sich hieraus insoweit ziehen lassen, als er jedenfalls nicht weniger ausgedehnt war. Ob er den cum imperio ausgestatteten Beamten, den Konsuln und Prätoren gegenüber — namentlich soweit der Befehlsempfänger selbst Beamter war — weiter ging, ist dunkel. Gesetzesbestimmungen geben uns darüber keinen Aufschluß. Historische Quellenstellen scheinen indes dafür zu sprechen. (Vgl. Rein, Criminalrecht der Römer 1844 S. 192). Der Gedanke ist auch deshalb nicht unwahrscheinlich, weil in den Händen dieser Beamten die gesamte Exekutivgewalt des römischen Staates einschließlich des militärischen Oberbefehls ruhte; je größer aber der Aufgabenkreis und die Verantwortung des höheren Beamten, desto größer auch das Bedürfnis nach zuverlässigem Funktionieren des Subordinationsorganismus. Sicheres läßt sich aber, wie gesagt, hierüber nicht sagen.

β) Das kanonische Recht.

Da unser Problem ebenso wie unter dem Gesichtspunkt des positiven Rechts auch unter dem der Sittenlehre betrachtet von eminenter Wichtigkeit ist, so ist es eine ganz naturgemäße Erscheinung, wenn wir im Recht der katholischen Kirche, das sich überall auf die kirchliche Lehre gründet, eine größere Anzahl einschlägiger Rechtssätze finden. Daß diese Stellen sich durchweg auf den Fall der Tötung beziehen, nimmt ihnen den Charakter allgemeingültiger Sätze natürlich nicht. Ist es doch eine altbekannte Tatsache, daß fast die ganzen allgemeinen Lehren des

Strafrechts ursprünglich in Exemplifizierung auf gerade dieses Delikt als das handgreiflichste, jedermann sofort als solches einleuchtende Unrecht entstanden sind, wie auch heute noch der juristische Laie meist für dieses Delikt das größte Interesse zeigt.

Es ist ein Grundgedanke des kanonischen Rechts, daß die christliche Moral in der von der kirchlichen Lehre ausgeprägten Form für schlechterdings jede menschliche Handlung unbedingt maßgebend sei. Ganz folgerichtig wird dieses Prinzip auch auf die auf Befehl begangenen Handlungen angewendet. So sagt c 92 C 11 qu: Non semper malum est non obedire praecepto, cum enim dominus iubet ea, quae Deo sunt contraria, tunc ei obediendum non est; ferner c 97 C. 11 qu 3: Qui resistit potestati, dei ordinationi resistit. Sed quid si illud iubeat, quod non debes facere? Hic sane contemnes potestatem. Ipsos humanarum legum gradus adverte. Si aliquid iusserit curator, nonne faciendum sit? Tamen, si contra proconsul iubeat, non utique contemnis potestatem, sed eligis maiori servire. Nec hinc debet minor irasci, si maior praelatus est. Rursus si aliquid ipse proconsul iubeat, et aliud iubeat imperator, si vel aliud imperator et aliud Deus, quid iudicatis? Die Stelle drückt genau denselben Gedanken aus wie Apostelgeschichte 5, 29: „Man muß Gott mehr gehorchen denn den Menschen“ (vgl. auch Apostelg. 4, 19.) Hieraus ergibt sich mit denkbar größter Klarheit der Satz: Kein Gehorsam der Welt, selbst nicht der gegenüber dem höchsten irdischen Gewalthaber, dem Kaiser, geht so weit, das man zur Begehung einer Sünde verpflichtet wäre.

Keine Ausnahme von diesem Satz enthält c 13 C 23 qu 5: Miles, cum obediens potestati, sub qua legitime constitutus est, hominem occidit, nulla civitatis suae lege reus est homicidii; immo, nisi fecerit, reus imperii deserti atque contempti est. Quod si sua sponte atque auctoritate fecisset, in crimen effusi humani sanguinis incidisset. Itaque unde punitur, si fecerit iniussus, inde punietur, nisi fecerit iussus. Hier ist von keiner sündhaften Handlung, sondern von der rechtmäßigen und auch nach kirchlicher Lehre sündlosen Tötung des Feindes im Kriege die Rede. So auch v. Calker S. 75. A. M. Girginoff S. 80—81. Dieser behauptet, es handle sich hier um eine Ausnahmebestimmung nur in Beziehung auf das militärische Gehorsamsverhältnis, zu dem das kanonische

Recht „eine abweichende Stellung von seinen allgemeinen Grundsätzen über die Verbindlichkeit der Befehle zu nehmen“ sich gezwungen sähe. (S. 80). Das kanonische Recht „erkenne die unbedingte militärische Subordination an“ (S. 81). Daran ist zunächst jedenfalls soviel falsch, daß diese „Ausnahme“, gesetzt, es wäre eine solche, eine vereinzelte militärrechtliche sein soll. Denn gleich die folgende c 14 C 23 qu 5 drückt denselben Gedanken für ein nicht militärisches Gewaltverhältnis aus: Cum minister iudicis occidit eum, quem iudex iussit occidi, si id sponte facit, homicida est, etiamsi eum occidit, quem scit a iudice debuisse occidi. Tatsächlich handelt es sich aber weder hier noch dort um Ausnahmebestimmungen. Wenn Girginoff (S. 80 n 2) behauptet, c 13 spreche allgemein von einem militärischen verbindlichen Befehl auf Tötung als dem frappantesten Fall, wo die darauf gerichtete Handlung unter allen Umständen gegen das göttliche Gebot verstößt, so hat er sich die Stelle offenbar nur sehr flüchtig angesehen. Denn sonst hätte ihm auffallen müssen, daß ein großer Teil der ganzen qu 5 überhaupt nur von Fällen handelt, in denen die Tötung eines Menschen keine Sünde ist. Schon die Überschrift von c 8 a. a. O. lautet: Ex officio non est peccatum hominem occidere. Ebenso die Überschrift von c 9: Qui Deo auctore bella gesserunt, praeceptum non occidendi nequaquam transgressi sunt. (Vgl. auch c 18). Die Tötung verstößt also keineswegs „unter allen Umständen“ gegen das göttliche Gebot, und e b e n d e s h a l b läßt das kanonische Recht in c 13 den Soldaten straflos, nicht aber, wie Girginoff meint, weil es sich ihn „als einen infolge der legitima potestas und seiner unabwendbaren Bestrafung wegen Ungehorsams in eine Zwangslage Versetzten denkt.“ Wenn es aber überhaupt noch eines weiteren Beweises gegen Girginoffs Ansicht bedürfte, so würde dieser geliefert durch c 94 C 11 qu 3: Iulianus imperator, quamvis esset apostata, habuit tamen sub se Christianos milites, quibus cum dicebat, producite aciem pro defensione rei publicae, obediebant ei. Cum autem diceret eis, producite arma in Christianos, tunc cognoscebant imperatorem coeli. Diese Stelle beweist klipp und klar, daß das kanonische Recht weit entfernt davon war, „die unbedingte militärische Subordination anzuerkennen.“ Vielmehr hörte auch hier, wie in allen anderen Fällen, die Gehorsamspflicht auf, sobald die Begehung einer Sünde in Frage kam. Das

können wir mit Sicherheit sagen. Wie freilich das kanonische Recht sich zu den Fällen stellte, wo der Befehl auf eine positiv verbotene, jedoch vom religiös moralischen Standpunkt aus indifferente Handlung ging, ist eine zweifelhafte Frage. Indessen ist zu beachten, daß Delikte dieser Art verhältnismäßig selten sind und naturgemäß die kirchliche Gesetzgebung nicht sehr interessieren konnten. Immerhin wird man vielleicht zu der Annahme neigen dürfen, daß die Kirche in solchem Fall dem Geiste der Zeit und ihrer eigenen starken Betonung des Autoritätsprinzips entsprechend eine unbedingte Gehorsamspflicht anerkannte.

γ) Das altdeutsche Recht.

Im germanischen Recht finden wir überall da, wo unsere Frage eine gesetzliche Regelung gefunden hat, die unbedingte Gehorsamspflicht statuiert. Nicht nur bei den öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnissen, sondern auch bei denen des Privatrechts. Die größere Lockerkeit des gesamten staatlichen Gefüges und die viel jüngere Kultur der germanischen Stämme lassen eine derartige, selbst das römische Recht noch übertreffende Intensität der hausherrlichen Gewalt begreiflich erscheinen.

Für die Gehorsamspflicht des Sklaven seien beispielsweise nur folgende Stellen angeführt: Lex Frisionum Tit. I cap. XIII—XIV: Si servus liberum seu nobilem aut litum nesciente domino occiderit, dominus eius cuiuscunque conditionis fuerit homo qui occisus est, iuret, hoc se se non iussisse, et mucltam eius pro servo, bis simplum componat. Aut si servus hoc se iussu domini sui fecisse dixerit, et dominus non negaverit, solvat eum, sicut manu occidisset, sive nobilis, sive liber sive litus sit.

Ferner Lex Saxonum Tit. XI. § 1: Quicquid servus aut litus iubente domino perpetraverit, dominus emendet, (Vgl. im übrigen v. Calker S. 72, Girginoff S. 43. Wilda, Das Strafrecht der Germanen 1842 S. 633.)

Die Gehorsamspflicht der Ehefrau behandelt K. Ines Ges. c 57 (bei Wilda S. 634): „Wenn ein Keorl Vieh stiehlt, und in sein Haus trägt, und man findet es daselbst, so ist er für seinen Teil schuldig mit Ausschließung des Weibes, denn sie soll ihrem Vorgesetzten gehorchen.“ Über die Gehorsamspflicht des Sohnes sind zwar keine ausdrücklichen Bestimmungen bekannt, doch kann diese

nicht wohl weniger weitgehend gewesen sein, als die seiner Mutter, die doch auch eine Freie war, und erst recht nicht weniger weitgehend als die eines freien Dieners. Daß aber auch für diesen die Pflicht zu unbedingtem Gehorsam bestand, beweist eine Stelle des seeländischen Rechts König Waldemars (vgl. Wilda, S. 633.)

Beispiele für dieselbe Regelung bezüglich der öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnisse sind: Edictum Rotharis § 2: Si quis cum rege de morte alterius fuerit consiliatus aut hominem per eius iussionem occiderit, in nullo sit culpabilis, nec ille nec heres eius quoquo tempore ab illo aut ab heredibus eius requisitionem aut molestiam patiatur: quia postquam corda regis in manu dei esse credimus, non possibile est, ut homo possit idoneare eum, quem rex occidere iussit; Lex Baiuvariorum Tit. II Cap. VIII: Si quis hominem per iussionem regis vel ducis sui, qui illam provinciam in potestate habet, occiderit, non requiratur ei, nec faidosus sit, quia iussio domini sui fuit, et non potuit contradicere iussionem; sed dux defendat eum et filios eius pro eo. Vgl. noch Benedictus Levita, Capitularium Liber V, 367 sowie die oben angeführten Schriftsteller a. a. O.

δ) Die Artikelsbriefe.

Eine gesonderte Betrachtung erfordern die schon seit den Zeiten Friedrich Barbarossas, vornehmlich aber seit dem kriegerischen 17. Jahrhundert von den Landesherren erlassenen „Artikelsbriefe", d. s. Kodifikationen des Militärrechts, in denen naturgemäß auch das militärische Strafrecht eingehend geregelt ist und die als die Grundlage unseres geltenden Militärstrafrechts anzusehen sind. (Zusammenstellungen der Artikelsbriefe bieten das Corpus iuris militaris von Johann Friedrich Schulze, Berlin und Frankfurt a. d. Oder, Editio quarta 1700; das Corpus iuris militaris von Joh. Chr. Lünig, Leipzig 1723; das Corpus iuris militaris novissimum von Th. Fritsch, Leipzig 1724; das Corpus iuris militaris Frankfurt a. M. 1709).

Wenngleich nun diese Artikelsbriefe in Aufbau, Gliederung und Inhalt außerordentlich viel Gemeinsames haben, und jeder spätere sich an die früheren in weitgehendstem Maße anlehnt, so müssen wir doch, gerade was die Regelung unseres Problems angeht, bemerkenswerte Unterschiede konstatieren.

Allgemein ist jedenfalls soviel zu sagen, daß die Artikelsbriefe dem Prinzip des unbedingten Gehorsams nicht sympathisch gegenüber stehen. Dies ergibt sich schon daraus, daß die Landesherren es meist für nötig hielten, ausdrücklich zu bestimmen, daß der Soldat nicht nur zu militärischen Dienstleistungen im engeren Sinne, sondern auch zu Lagerarbeiten und leichteren persönlichen Diensteistungen für die Offiziere verpflichtet sei. So bestimmt z. B. der Kriegsartikelsbrief Carl Gustavs von Schweden im Art. 36 folgendes: „Ferner sol sich kein Soldat zu gut achten, oder sich weigern, dasjenige, was ihme wegen Unsers und Unser Armee Nutzen, entweder mit Arbeiten in Vestungen und Lägern, oder sonsten in andere Wege, wie das auch seyn mag, anbefohlen wird, fleißig zu verrichten, welcher aber vorsetzlich und muthwillig darwider handelt, sol am Leben gestrafft werden".

Innerhalb der Kriegsartikel, die das Prinzip des unbedingten Gehorsams nicht haben, sind nun aber zwei große Gruppen zu unterscheiden. Die eine spricht, meist unter kasuistischer Aufzählung der verschiedenen militärischen Dienstleistungen, die Verpflichtung des Soldaten aus zum Gehorsam in allem, „das ehrlichen Kriegsleuten zustehet", „in allen ehrlichen Kriegs-Occasionen", „in allem, nichts ausgenommen, was zur Defension Ihro Fürstl. Durchl. Dero geliebten angehörigen Land und Leuten, auch ehrliebenden Soldaten, und gehorsamen Untertanen, gebühret und wolanstehet, und ähnlich. In diese Gruppe gehören z. B. die Artikelsbriefe Kaiser Maximilians des Ersten (1508) Art. 3—5, Kaiser Ferdinands III. (1642) Art. 1, Kaiser Leopolds (1673) Art. 1, der Fürstl. Hessische Artikelsbrief zu Fuss (1632) Art. 1, 10, der Württembergische von (1652) Art. 1, 10, die Sachsen-Weimarische „Reuterbestallung und Artikulsbrieff" (1683) Art. 4. Girginoff (S. 83, 84) nimmt bei dieser Gruppe unbedingte Gehorsamspflicht an, lediglich mit der Einschränkung, daß Befehlen, die eine Verletzung der Treue gegen Kaiser und Reich enthielten, kein Gehorsam geschuldet worden sei. Dies scheint jedoch nicht zutreffend. Die Einschränkung „was ehrlichen Kriegsleuten zustehet" geht offensichtlich doch weiter. Es gibt auch außer der Treupflichtverletzung gegen Kaiser und Reich bezw. gegen den Landesherrn noch eine ganze Menge Handlungen, die zweifellos „ehrlichen Kriegsleuten nicht zustehen". Allerdings ist es vollkommen zu-

treffend, wenn Girginoff (S 86) im Anschluß an Weiffenbach bemerkt, daß die Kriegsartikel „juristischer Durchbildung“ durchaus ermangeln. So ist natürlich auch mit den Worten „was ehrlichen Kriegsleuten zustehet“ oder ähnlichen Wendungen eine feste Begrenzung der Gehorsamspflicht keineswegs gegeben. Die Grenze ist vielmehr durchaus flüssig; aber sie ist vorhanden. (Ebenso anscheinend Kröll S. 8). Es wäre einerseits wohl zu weitgehend, wenn man annehmen wollte, daß jede verbotene und strafbare Handlung als „ehrlichen Kriegsleuten nicht zustehend“ Gegenstand eines rechtsverbindlichen Befehls nicht hätte sein können. Andrerseits erscheint auf Grund einer Bestimmung des öfter zitierten Wortlauts eine Verpflichtung zum Gehorsam gegenüber solchen Befehlen, die auf Verübung einer schweren Straftat, einer Handlung schimpflichen Charakters gingen, m. E. doch ausgeschlossen. Dafür spricht auch eine Stelle in der dem Schulze'schen Corpus iuris militaris angehängten „Militärischen Practica oder Kriegsordnung“ (einer Art Instruktionsbuch, sowohl Praktisch-Militärisches wie Militärrechtliches enthaltend). Daselbst heißt es auf auf S. 1151 (4. Aufl. 1700) unter dem Kapitel: „Eines gemeinen Soldaten Ampt“: „Dann umb das Geld oder Sold so er hat, muß er in allen erforderlichen Occasionen, sofern es nicht wieder GOTT, sein Gewissen und Ehr ist, gehorsam seyn“.

Die zweite Gruppe der Kriegsartikel enthält eine noch bedeutend weitergehende Beschränkung der Gehorsamspflicht. Der Gehorsam wird nämlich beschränkt auf dienstliche Angelegenheiten, die innerhalb der sachlichen Kompetenz des Befehlenden liegen. Der Kreis der dienstlichen Angelegenheiten ist allerdings bald enger, bald weiter gezogen. Manche Artikelsbriefe schließen jegliche Dienstleistungen zugunsten der Privatbedürfnisse der Vorgesetzten aus, andere wieder, wie z. B. der Kurbrandenburgische von 1656 in Art. 24, nur „Sklavenarbeit“. Wohl am klarsten kommt das gemeinsame Prinzip zum Ausdruck im Artikelsbrief Karls XI. von Schweden (1683) Art. 83: „Befiehlet aber der Obrister-Lieutenant, oder jemand der anderen Ober- und Unter-Officierern, seinem unterhabenden Volke, einem oder mehrern etwas anders, als was unsre Dienste betrifft, und außer seinem Ampt ist, auf solchen Fall ist der Kriegsmann ihm zu gehorchen nicht gehalten, sondern er soll solches angeben und erkennet das

Regiment oder General-Kriegsgericht darüber, was er nach Beschaffenheit der Sachen schuldig sey: Wer dergleichen nicht angiebet, mit dem wird auf gleiche weise procedieret". Inhaltlich gleiche Bestimmungen enthalten: der Artikelsbrief Carl Gustavs von Schweden (Art. 28), das vom Gr. Kurfürsten 1656 erlassene Brandenburgische Kriegsrecht (Art. 15), das Schleswigsche Kriegsrecht von 1674 (Art. 25), die Kriegsartikel der Stadt Zürich (Art. 25).

Es darf hier nicht unerwähnt bleiben, daß in allen den letzterwähnten Artikelsbriefen der im Artikelsbrief Carls XI. enthaltene Passus „auf solchen Fall ist der Kriegsmann ihm zu gehorchen nicht gehalten" fehlt. Man hat hieraus, insbesondere bezüglich der brandenburgischen Kriegsartikel, den Schluß ziehen wollen, daß damit eine Beschränkung der Gehorsamspflicht ausdrücklich abgelehnt sei und hat damit beweisen wollen, daß im preußischen Heer von jeher der Grundsatz des unbedingten Gehorsams gegolten habe. (So Hecker, GA 30. S. 120, Anm. 67; dagegen mit Recht van Calker S. 78, 79; Kröll a. a. O. S. 10). Dem ist jedoch nicht beizutreten. Zunächst zwingt der Wortlaut der angezogenen Stellen durchaus nicht zu diesem Schluß. Es ist nirgends davon die Rede, daß etwa der Befelsgeber allein strafbar sei. Abgesehen davon würde man uns dem Fehlen des erwähnten Passus auf eine besondere Absicht nur dann schließen können, wenn die in ihm enthaltende Bestimmung im übrigen wörtlich übernommen wäre. Aber auch das ist nicht der Fall. Hierzu kommt, daß offenbar die zeitgenössische Rechtswissenschaft aus dem Fehlen des Passus einen rechtlichen Unterschied nicht gefolgert hat. Der Kommentator des Kurbrandenburgischen Kriegsrechts, Eberhard Hoyer,[1]) bemerkt zu Art. 15 desselben: „Allhier wird eine Regul gegeben, wieweit sich der Officierer Commendo erstrecken solle, nemlich soweit sich der gnädigsten Herrschaft und Dero Lande bestes erstreket, und weiter nicht. Wenn nun ein Officirer hierwider etwas befiehlet, so ist ihm keiner zu pariren, sondern bey der Obrigkeit anzumelden, unb über dessen unziemlichen Commendo sich zu beklagen schuldig."

Im Gegensatz zu den beiden vorerwähnten Gruppen gibt es aber auch Artikelsbriefe, die den Grundsatz des unbedingten Gehorsams aufstellen. So mit unzweifelhafter Deutlichkeit Art. 19

[1]) Vgl. den Abdruck im Schulze'schen Corpus iuris militaris.

des Schweizer Kriegsrechts (vgl. von Calker S. 79): „Wenn ein Soldat oder auch ein Herrendiener auf Befehlch seines Herrn oder commandierenden Officiers thun muß was an sich nicht recht ist, so ist nicht der Diener oder Soldat, sondern der, so den Befehlch giebt zu straffen“ Zwar nicht ausdrücklich statuiert, aber aus dem Fehlen irgend welchen einschränkenden Zusatzes zu schließen ist eine unbedingte Gehorsamspflicht im Kurpfälzischen Kriegsrecht von 1668 (Art. 3) und im Braunschweigisch - Lüneburgischen Artikelsbrief von 1673 (Art. 2, 11.)

ε) Die neuzeitliche inländische Gesetzgebung vor dem geltenden Recht, insbesondere die der deutschen Einzelstaaten im 19. Jahrhundert.

Wenngleich auch die Familie als die Urform alles menschlichen Zusammenlebens, als die Stammutter auch des Staates ihre Bedeutung für die Allgemeinheit innerhalb gewisser Grenzen nie einbüßen wird, wenn auch die Zusammengehörigkeit der Familienglieder, deren notwendige Voraussetzung die Autorität des Familienhauptes bildet, im letzten Grund das Fundament jedes Staatslebens auch heute noch ist und wohl für alle Zukunft bleiben wird, so hat doch die mit der fortschreitenden Kultur und Bevölkerungsdichte immer zunehmende Erweiterung der Staatsaufgaben es mit sich gebracht, daß die Bedeutung aller privaten Autorität, insbesondere die des Familienhauptes, im Vergleich zu früheren Zeiten stark reduziert ist. Berücksichtigen wir dazu noch die stetig zunehmende Verfeinerung der Rechtsbegriffe, die wiederum in dem mit dem allgemeinen Kulturfortschritt Hand in Hand gehenden gesteigerten Bedürfnis nach Rechtssicherheit ihre Wurzel hat, und bedenken wir endlich noch den Einfluß der Kirche, die ihre Stellung zum Gehorsamsproblem in den oben wiedergegebenen Sätzen des kanonischen Rechts deutlich genug zum Ausdruck gebracht hat, so kann es uns nur selbstverständlich erscheinen, daß eine Ausdehnung der Gehorsamspflicht gegenüber privaten Gewalthabern, wie Eltern, Dienstherrn, Lehrern usw. über die Grenzen der materiell rechtmäßigen Handlungen hinaus dem neuzeitlichen Empfinden entschieden widerstrebt. Ebenso einleuchtend ist aber, daß wegen der oft vorhandenen tatsächlichen Intensität privater Gewaltverhältnisse der Befehl des Gewalthabers für den Gehorchenden

häufig als Strafmilderungsgrund in Betracht kommen wird, ein Gedanke, der vielfach zu gesetzgeberischem Ausdruck gelangt ist, z. B. in der gleich zu erwähnenden Bestimmung des Codex iuris bavarici criminalis von 1751. Als eigentlich problematischer Fall kann aber die Gehorsamspflicht gegenüber privaten Gewalthabern in der neuzeitlichen Gesetzgebung nicht mehr betrachtet werden. Wir werden uns deshalb im Folgenden nur noch mit der Gehorsamspflicht in öffentlichrechtlichen Gewaltverhältnissen zu beschäftigen haben.

Bevor wir uns jedoch der hier natürlich vor allem interessierenden unmittelbaren Vorläuferin unseres geltenden Rechts, der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts zuwenden, müssen wir zweier wichtiger Bestimmungen aus dem 18. Jahrhundert gedenken. Die eine findet sich im Codex iuris Bavarici criminalis von 1751 Teil I C. 1 § 32: „Bei dem Befehl der Obern ist zu sehen, wie weit der Obere gegen den Untergebenen authorisieret und begwaltet seye. Je höher der Grad sothaner Gewalt und Authorität ist, je weniger und gelinder wird der Untergebene wegen Vollziehung des widerrechtlichen Befehls gestrafft. Hiernächst ist auch der Inhalt des Befehls wohl zu betrachten; denn was nur auf der Oberen und anderer bloßes Anrathen, Vollmacht, Versprechen, Ersuchen, Hülf, Gutheißen, oder Veranlassen, zu Latein: consilio, mandato, promisso, prece, ope, approbatione vel causa geschichet, verdient in gar überschweren Verbrechen gar keine und in andern nicht leicht eine Strafmilderung". Die andere Bestimmung steht in der Constitutio criminalis Theresiana von 1768 und ist mit der ersterwähnten im Wesentlichen gleichlautend. Wegen der Verantwortlichkeit des Befehlenden vgl. Cod. iur. crim. Bav. C. 12 § 5. Interessant ist die Anmerkung eines anonymen Kommentators zu der ersterwähnten Stelle Cod. iur. crim. Bav. Teil I C. 1 § 32. Nach Bezugnahme auf Lex Baiuvariorum Tit. II. Cap. 8, wonach der auf königlichen oder herzoglichen Befehl Jemand Tötende straflos ist, bemerkt dieser: „Einem fürstlichen Befehl wird in diesem Stücke jener fast gleich geschätzt, welcher von einem Stadthalter, Dicasterio, commandirendem Officier, und dergleichen mit größerem Pouvoir ausgestatteten Obrigkeit herkommt, ausgenommen in Sachen, welche notarie nicht in ihren Mächten stehen. Z. E. wenn befohlen wurde Gott zu lästern, die Landsherrschaft zu be-

leidigen, Ehebruch, Blutschand, Sodomiterey und dergleichen zu treiben, denn da gibt jedem das Vernunftlicht ein, daß man dergleichen Befehle nicht annehmen, sondern Gott mehr als den Menschen gehorchen müsse. Soviel die niedere Obrigkeiten, Eltern, Herrschaften, Lehrmeistern und dergleichen betrifft, würde jener, welcher seine Missethaten dadurch bekleistern wollte, sehr übel anfahren und die poenam extraordinariam niemals, in atrocissimis aber nicht einmal capitalem vermeiden".

Wesentlich präziser im Ausdruck und von ungleich größerer juristischer Klarheit sind die Vorschriften, in denen die Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts die Frage behandelt. Was zunächst den Beamtengehorsam betrifft, so sei als Beispiel für den herrschenden Rechtsgedanken Art. 122 des Bayrischen Strafgesetzbuchs von 1813 angeführt: „Der bloße Befehl zur Begehung eines Verbrechens entschuldiget den Vollbringer nicht von Strafe. Wenn aber ein Staatsbeamter oder eine öffentliche Behörde ihren untergebenen Beamten, Dienern oder untergeordneten Behörden eine solche Handlung befohlen hat, welche bloß als Mißbrauch, Überschreitung oder Verletzung der Amtspflichten straffällig ist, so wird nur der befehlende Teil verantwortlich, nicht der gehorchende". Dieser Regelung haben sich, z. T. mit Modifikationen, deren einzelne Aufzählung hier zu weit führen würde, folgende Strafgesetzbücher angeschlossen: Das oldenburgische von 1814 (Art. 127), das hannoversche von 1840 (Art. 85), das hessische von 1841 (Art. 40), das thüringische von 1850 (Art. 317), das württembergische von 1839 (Art. 403), das braunschweigische von 1840 (§ 251), und das bayrische von 1861 (Art. 71). Man sieht also, dem Beamten wird eine Prüfung nicht nur der formellen, sondern auch der materiellen Rechtmäßigkeit des Befehls verstattet, mit der Maßgabe, daß seine Gehorsamspflicht aufhört, sobald der Befehl auf Verübung eines gemeinen Verbrechens (d. h. in diesem Falle auf Begehung eines Nichtamtsverbrechens) geht. Zur Prüfung des Befehlsinhalts nach der Richtung, ob derselbe als eigentliches Amtsverbrechen strafbar sein könnte, ist dagegen der Untergebene nicht berechtigt, vorkommenden Falls also zur Ausführung auch eines solchen rechtswidrigen Befehls verpflichtet.

Eine abweichende Regelung enthält das badische Strafgesetzbuch von 1845 im § 152 Z. 2, das den Befehl nur als Strafmilde-

rungsgrund kennt, womit eine Gehorsamspflicht über die Grenzen des Rechtmäßigen hinaus natürlich entfällt. Bezüglich der Bestimmungen des sächsischen Rechts aus dieser Zeit vgl. unten S. 55 ff.

Im Gegensatz zu den vorerwähnten Kodifikationen hat sich der Hauptvorläufer unseres Reichsstrafgesetzbuchs, das preußische Strafgesetzbuch von 1851, einer gesetzlichen Regelung der Frage des Beamtengehorsams enthalten. In den langwierigen Vorbereitungen zu diesem Gesetzeswerk wurde zeitweilig ein anderer Standpunkt eingenommen. Schließlich glaubte man aber, die Frage der Wissenschaft und Praxis überlassen zu sollen. (Vgl. Materialien zum Strafgesetzbuch für die preuß. Staaten 1851 Band I. S. 376 und 415).

Nicht so bezüglich des Soldatengehorsams. Hier war das preußische Recht im Lauf der Zeit vom Standpunkt des Art. 15 der Kurbrandenburgischen Kriegsartikel beträchtlich abgekommen, wie Art. 1 Teil XI Z. 1 des Dienstreglements für die Kgl. preußische Infanterie vom 13. September 1787 (abgedruckt in der Preußischen Militärgesetzsammlung Bd. II. S. 117) beweist: „Gleichergestalt haben Seine Kgl. Majestät ungern hören müssen, daß die Befehle der Vorgesetzten von ihren Untergeordneten nicht immer mit schuldigem Gehorsam, Fleiß und Applikation vollzogen werden, ja daß einige Officiere wohl, wenn etwas befohlen wird, zuvor darüber hin und her streiten, und erst ihre Meinungen vortragen, ob ein dergleichen Befehl für Recht oder für Unrecht zu halten. Diese Wahrnehmungen haben S. Kgl. Majestät bewogen, dergleichen subordinationswidriges Betragen hiermit aufs neue und schärfste bei Vermeidung Allerhöchst Dero Ungnade und strengster Ahndung zu verbieten und alles Ernstes zu befehlen, daß die Subordination unter den Officieren eines Regiments von dem Chef bis zum jüngsten Fähnrich auf das Allergenaueste beobachtet werde.“ Hier haben wir den unbedingten Gehorsam in aller Form (A. M. v. Calkers S. 79 u., der nur zugibt, „daß man sich diesem Prinzip sehr zuneigte.“) Jedoch kehrte man später wieder zu den älteren Grundsätzen zurück. Das preußische Militärstrafgesetzbuch von 1845 bestimmte nämlich in § 71: „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte in der Regel allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers

1. wenn er den ihm erteilten Befehl überschritten hat; oder
2. wenn ihm bekannt gewesen, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche offenbar ein Verbrechen bezweckte."

Prinzipiell wird also die Unverantwortlichkeit und damit die Gehorsamspflicht des Untergebenen betont. Nur im Fall der Z. 2. — Z. 1. ist gar keine wirkliche Ausnahme — tritt Verantwortlichkeit des Untergebenen für den rechtswidrigen Erfolg ein, womit gleichzeitig notwendig die Unverbindlichkeit des Befehls gegeben ist. Es ist hierzu zu bemerken, daß unter „Verbrechen" im Sinne der Z. 2 jede strafbare Handlung zu verstehen ist. Die dem französischen Rechte entstammende Dreiteilung der Delikte in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen war zur Zeit des Erlasses des preußischen Militärstrafgesetzbuchs dem preußischen Rechte noch fremd. Erst mit dem Zivilstrafgesetzbuch von 1851 ist sie in dieses übergangen. Im übrigen soll, da der § 71 des preuß. MStGB mit dem § 47 unseres geltenden Reichsmilitärstrafgesetzbuchs fast wörtlich übereinstimmt, zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Bedeutung, die der Wortlaut im Einzelnen für die Begrenzung der Gehorsamspflicht hat, an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. Soviel ist jedenfalls schon ersichtlich, daß man das Prinzip des unbedingten Gehorsams entschieden ablehnte.

Noch einmal gewann jedoch der entgegengesetzte Rechtsgedanke die Oberhand. In einer Kabinettsordre vom 27. März 1860 (preuß. Militärgesetzsammlung Bd. 6 S. 166) gab der damalige Prinzregent Wilhelm von Preußen folgende, vom Generalauditoriat in einer dazu ergangenen Zirkularverfügung sogenannte „authentische Interpretation" des § 71 preuß. MStGB: „Es ist, wenn durch pünktliche Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Militärstrafgesetz verletzt wird, der befehlende Vorgesetzte allein dafür verantwortlich, und der gehorchende Untergebene kann nur strafbar werden, wenn in der Ausführung eine Verletzung der militärischen Treue liegt. Das Generalauditoriat hat hiernach darauf zu achten, daß bei Verletzung eines Militärstrafgesetzes durch Ausführung eines Befehls in Dienstsachen der § 71 des Militärstrafgesetzbuches in diesem Sinne angewendet wird."

Die staatsrechtliche Gültigkeit dieser Kabinettsordre ist aller-

dings sehr zweifelhaft. M. E. ist sie zu verneinen, da es sich nicht mehr um eine bloße Ausführungsverordnung, sondern um eine direkte Gesetzesänderung handelt, zu der der Herrscher nicht ohne Zustimmung der Kammern befugt war. Eine andere Frage ist freilich, ob ihr nicht die tatsächliche Anwendung durch die preußischen Militärgerichte den Charakter von Gewohnheitsrecht verliehen hat, was m. E. zu bejahen sein dürfte.

Durch die in der Kabinettsordre enthaltene „authentische Interpretation" wurden die Grenzen des militärischen Gehorsams beträchtlich erweitert. Selbst das klare Bewußtsein, daß der Vorgesetzte mit dem Befehl die Begehung einer strafbaren Handlung bezweckt, bewirkt hiernach für den Soldaten nicht stets ein Aufhören der Gehorsamspflicht. Vielmehr ist dies nur dann der Fall, wenn es sich um ein nichtmilitärisches Delikt oder um eine Handlung gegen die militärische Treue handelt. Handelt es sich dagegen um ein Militärdelikt, das eine Verletzung der militärischen Treue nicht in sich schließt, so ist der Soldat, auch wenn er sich der Rechtswidrigkeit der befohlenen Handlung klar bewußt ist, trotzdem zum Gehorsam verpflichtet.

Die Bestimmungen des preußischen Rechts in der Fassung des § 71 des Militärstrafgesetzbuchs von 1845 wurden im Wortlaut übernommen vom Königreich Sachsen in seinem Militärstrafgesetzbuch von 1867 (S. 70), ferner von Baden 1870 (S. 71). Sachsen hatte früher in seinem Militärstrafgesetzbuch von 1855 zwar dem Vorgesetzten die Befugnis zur Erteilung von Befehlen außer Beziehung zum Dienst unter Strafandrohung abgesprochen (§ 138); die Gehorsamspflicht des Untergebenen erschien dadurch jedoch nicht berührt, dieser war vielmehr nach § 112 zu unbedingtem Gehorsam verpflichtet, ebenso wie nach § 69 des sächsischen Militärstrafgesetzbuchs von 1835, das diesen Grundsatz jedenfalls für „während des Dienstes" [1]) erlassene Befehle in schärfster Fassung zum Ausdruck brachte: „Jeder Untergebene ist seinem Vorgesetzten sowohl in, als außer dem Dienste, Achtung und Gehorsam schuldig und insonderheit verbunden, die Befehle seiner Obern während des Dienstes unbedingt und ohne Widerrede, Murren oder sonstige Äußerung über deren Nützlichkeit und Rechtmäßigkeit zu vollziehen, ..."

[1]) Ein „Befehl während des Dienstes" braucht keine inhaltliche Beziehung zum Dienst zu haben. Es ist eine rein äußerlich-zeitliche Beziehung.

In Anlehnung an das preußische Recht entstanden ist auch Art. 65 des bayrischen Militärstrafgesetzbuchs von 1869. Doch ist hier umgekehrt die Verantwortlichkeit des Untergebenen als die Regel, seine Unverantwortlichkeit als die Ausnahme bezeichnet. Die Vorschrift lautet nämlich: „Der Befehl zur Begehung einer strafbaren Handlung macht in der Regel den Thäter nicht straflos. Jedoch macht der dienstliche Befehl eines Vorgesetzten, durch dessen Ausführung ein Strafgesetz verletzt wurde, den Untergebenen dann straflos, wenn er weder den ihm erteilten Befehl überschritten, noch gewußt hat, daß durch Ausführung des Befehls nur die Verübung eines Verbrechens oder Vergehens bezweckt werde.

In allen Fällen bleibt der Befehlende strafrechtlich verantwortlich.“

Was indes die Ausnahmefälle selber betrifft, so deckt sich die Bestimmung vollkommen mit § 71 des preußischen Militärstrafgesetzbuchs, nur daß das bayrische von „Verbrechen oder Vergehen“ spricht statt wie das preußische von „Verbrechen“ schlechtweg im Sinne von „strafbarer Handlung“.

Die Umkehrung des Verhältnisses von Regel und Ausnahme gegenüber dem preußischen Recht, dessen Regelung inhaltlich übernommen wurde, läßt unverkennbar auf eine bestimmte Ansicht des bayrischen Gesetzgebers schließen. Sie ist jedoch bedeutsamer, als es auf den ersten Blick scheinen möchte. Indem prinzipiell die Verantwortlichkeit des Untergebenen für die Vollziehung eines rechtswidrigen Befehls ausgesprochen wird, wird gleichzeitig auch die Unverbindlichkeit eines solchen Befehls ausgesprochen. Und wenn dann gesagt wird, daß der Untergebene bei Unkenntnis der Deliktseigenschaft des Befehlsinhalts nicht strafbar sei, so liegt der Grund dazu offenbar nicht mehr in der Verbindlichkeit des Befehls, die ja prinzipiell verneint wird, sondern nur in dem Irrtum über die Rechtswidrigkeit. M. a. W., es ist dem möglichen Zweifel, ob dieser Irrtum als error iuris criminalis anzusehn und daher unbeachtlich sei, oder aber umgekehrt als error iuris non criminalis entschuldige, hier vom Gesetz durch ausdrückliche Statuierung der Beachtlichkeit dieses Irrtums vorgebeugt. Die praktisch wichtigste Bedeutung des Unterschieds zwischen dem bayrischen und dem preußischen Recht liegt darin, daß ein Unter-

gebener, der die Deliktseigenschaft des Befehls nicht erkannt hat, bei Nichtvollziehung des Befehls nach preußischem Recht wegen Ungehorsams bestraft werden kann; denn der Befehl war ja für ihn verbindlich: nach bayrischem Recht kann er dagegen nicht bestraft werden, denn es fehlte ja an dem wichtigsten Tatbestandsmerkmal des Ungehorsams, an einem verbindlichen Befehl.

Dagegen finden wir den Rechtsgedanken der preußischen AHKO von 1860 wieder im Oldenburgischen Militärstrafgesetzbuch von 1861. (Art. 44, 67, 85). Doch geht dieses insofern noch weiter, als es den Grundsatz der unbedingten Gehorsamspflicht überhaupt nur dahin einschränkt, daß der Soldat eine Handlung gegen die militärische Treue auch auf Befehl nicht begehen darf. In allen übrigen Dingen aber herrscht der unbedingte Gehorsam, also im Unterschied zur preußischen AHKO von 1860 auch dann, wenn es sich um ein nichtmilitärisches Delikt handelt und der Untergebene dies weiß.

Schlechthin unbedingten Gehorsam heischte das Militärstrafgesetzbuch für Hessen-Darmstadt von 1822 (§ 29): „Wenn ein Vorgesetzter seine Gewalt soweit mißbrauchen könnte, daß er dem Untergebenen einen Dienstbefehl erteilte, durch welchen derselbe zur Begehung einer strafbaren Handlung genötigt würde, so ist der Vorgesetzte für die Folgen eines solchen Befehls allein verantwortlich".

Die württembergische Kriegsdienstordnung von 1824, Teil II Hauptstück I Kap. 5 § 9 verlangt keinen Gehorsam gegenüber einem Befehl, der „offenbar mit dem Dienstverhältnis in keiner Beziehung steht oder sonst eine strafbare Pflichtverletzung enthält".

Durch hervorragende Klarheit zeichnet sich die Bestimmung des hannoverschen Strafgesetzbuches aus. Dieses bringt in § 16 zunächst in erschöpfender, kasuistischer Aufzählung diejenigen Handlungen, die niemals verbindlich befohlen werden können: „Hochverrat, Verräterei, Aufruhr, Desertion, verletzte Diensttreue bei Listen, Rapports, Bescheinigungen und Zeugnissen" — also alles das, was sonst unter der allgemeinen Bezeichnung „Handlungen gegen die militärische Treue" zusammengefaßt ist. Im übrigen sind nach hannoverschem Recht Dienstbefehle immer verbindlich und entsprechend natürlich der Untergebene unverantwortlich. Ja, in gewissen Fällen wird dessen Verantwortlichkeit

sogar schon dadurch ausgeschlossen, daß der Vorgesetzte seine Genehmigung zu der Handlung erteilt hat. Außerdienstliche Befehle zu strafbaren Handlungen sind zwar niemals verbindlich, kommen aber als Strafmilderungsgrund in Betracht.

Nach diesen historischen Betrachtungen sind wir an der Schwelle des geltenden Rechts angelangt. Wir haben gesehn, daß in der Tat der bindende Befehl rechtswidrigen Inhalts seit den Anfängen der uns bekannten Rechtsgeschichte bis in die neueste Zeit eine immer wiederkehrende Erscheinung ist. Verschieden ausgedehnt freilich ist das Gebiet seiner rechtlichen Möglichkeit, je nach der Kulturstufe des Landes, der Eigenart des Volkes, dem Geiste der Zeit. Unbedingt ablehnend gegen ihn haben sich jedenfalls nur wenige Rechtssysteme verhalten. Wir werden alsbald sehen, welch wichtige Rolle er auch im geltenden Recht noch spielt, sowohl im Auslande, dem wir zunächst einen kurzen Blick schenken wollen, als auch im Rechte des deutschen Reiches.

b) Das geltende Recht des Auslands.

Der europäische Staat, der heutzutage in der Ausdehnung des pflichtmäßigen Gehorsams am weitesten geht, ist gerade der, von dem man es nach seiner Staatsform und seiner ganzen politischen Färbung am wenigsten erwarten sollte: Die Schweiz. Das Bundesgesetz über das Bundesstrafrecht von 1853 bestimmt in Art. 28: „An sich unerlaubte Handlungen sind straflos, wenn sie von einem Beamten oder Angestellten infolge eines bestimmten, auf dessen amtliches oder Dienstverhältnis sich beziehenden kompetenten Befehls der ihm vorgesetzten Behörde oder Beamtung begangen worden sind. Die Behörde oder Beamtung ist hingegen für den Befehl und dessen Vollziehung verantwortlich.“ Ganz entsprechend sagt das Bundesgesetz über die Strafrechtspflege für die eidgenössischen Truppen von 1851 in Art. 30: „An sich unerlaubte Handlungen sind straflos, wenn sie auf den bestimmten, auf ein militärisches Dienstverhältnis sich beziehenden Befehl eines militärischen Oberen des Täters begangen worden sind. Der Obere, welcher den Befehl gegeben hat, soll denselben verantworten.“ Dem Untergebenen wird also nur eine ganz eng umschriebene formelle Prüfung des Befehls verstattet. Im Zivilstaatsdienst genügt es, wenn die befohlene Handlung in der Kompetenz des Befehlen-

den sowohl wie des Gehorchenden liegt, im Militärdienstverhältnis wird nichts weiter verlangt, als daß es sich um einen Dienstbefehl handelt. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist hinreichend, um einen Befehl absolut verbindlich zu machen, ohne daß dem Untergebenen irgendwelches Recht zur Prüfung der materiellen Gesetzmäßigkeit zustände. Ja, selbst wenn er sich der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit der befohlenen Handlung klar bewußt ist, wird ihm angesichts der präzisen Fassung des Gesetzes ein Recht zum Ungehorsam nicht eingeräumt werden können. Es kann nicht etwa auf Grund der Argumentation, daß eine Kompetenz zur Erteilung verbrecherischer Befehle niemals bestehe, aus dem Gebrauch des Wortes „kompetent" in § 28 des Gesetzes von 1853 eine Pflicht und dementsprechend ein Recht des Untergebenen zur materiellen Prüfung des Befehlsinhaltes gefolgert werden. Vielmehr ist hier der Ausdruck „kompetent" nur ganz äußerlich und allgemein dahin zu verstehn, daß der Befehl zu einer Handlung der betreffenden Art überhaupt in die Amtssphäre des Befehlenden fallen kann. Liegt diese Auslegung schon so sehr in der Natur der Sache begründet, daß sie überall da gegeben erscheinen dürfte, wo der Gesetzeswortlaut nicht zwingend dagegen spricht, (vgl. oben S. 7) so ist bei der hier vorliegenden Stelle des schweizerischen Rechts jeder Zweifel in dieser Hinsicht ausgeschlossen durch die Schlußbestimmung des erwähnten § 28, wonach die befehlende Behörde für den Befehl und dessen Vollziehung verantwortlich ist. Diese Bestimmung hätte keinen Sinn, wenn man die oben verworfene Auslegung des Wortes „kompetent" annehmen wollte. Denn an einer vollkommen gesetzmäßigen Handlung ist überhaupt nichts zu „verantworten".

Nicht unerwähnt bleiben mag, daß in der schweizerischen Gesetzgebung eine starke Strömung gegen die geltende gesetzliche Regelung am Werke ist. Der Entwurf eines Militärstrafgesetzbuches für die schweizerische Eidgenossenschaft vom 30. Mai 1884 wollte in Art. 18 Z. 4 das geltende Recht nur bezüglich der militärischen Delikte aufrecht erhalten, und was das bürgerliche Strafrecht betrifft, so hat sich der Entwurf von 1903 auf den direkt entgegengesetzten Standpunkt gestellt, indem er den Befehl nur eventuell als Strafmilderungsgrund gelten lassen will.[1])

[1]) Ebendenselben Gedanken vertritt auch der Vorentwurf von 1908 in Art. 50.

Dem Prinzip des unbedingten Gehorsams stark zugeneigt ist das italienische Strafgesetzbuch von 1889, Art. 49: „Nicht strafbar ist, wer die Handlung beging:

1. kraft Vorschrift des Gesetzes oder eines Befehls der zuständigen Behörde, den er auszuführen verpflichtet war . . . . . .

In dem in Nr. 1 vorgesehenen Fall wird, falls die in Ausführung des Befehls eines öffentlichen Beamten begangene Handlung eine strafbare Handlung darstellt, die dafür bestimmte Strafe gegen den öffentlichen Beamten, welcher den Befehl gegeben hat, verhängt."

Mit dem Passus „den er auszuführen verpflichtet war" wird hier nicht etwa das Erfordernis der materiellen Rechtmäßigkeit des Befehlsinhalts ausgesprochen; das wäre unvereinbar mit dem letzten Absatz des Paragraphen. Es wird auch nicht die Frage, wozu der Untergebene denn nun eigentlich verpflichtet ist und wozu nicht, offen gelassen. Denn dann wäre die ganze Bestimmung praktisch so gut wie wertlos. Nein, der Passus „den er auszuführen verpflichtet war" spricht offenbar nichts anderes aus, als daß zu der Kompetenz des befehlenden Vorgesetzten auch die Kompetenz des gehorchenden Untergebenen hinzutreten muß. Ist dies der Fall, dann ist der Befehl verbindlich.

Genau denselben Gedanken finden wir im französischen Recht, jedoch nur in kasuistischer Ausprägung auf solche Delikte, die gegen die verfassungsmäßig gewährleisteten Grundrechte verstoßen und andere politische Delikte. Es kommen hier folgende Bestimmungen des Code pénal in Betracht:

Art. 114: „Lorsqu' un fonctionnaire public, un agent ou un préposé du Gouvernement aura ordonné quelque acte arbitraire et attentatoire soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens, soit à la Charte, il sera condamné à la dégradation civique.

Si néanmoins il justifie qu' il a agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceuxci, sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique, il sera exempt de la peine, laquelle sera, dans ce cas, appliquée seulement aux supérieurs qui auront donné l'ordre. — Art. 188: „Tout fonctionnaire public, agent ou préposé du Gouvernement, de quelque état et grade qu' il soit, qui aura requis ou ordonné, fait requérir ou ordonner l'action ou l'emploi de la force publique contre l'ex-

écution d'une loi ou contre la perception d'une contribution légale ou contre l'exécution soit d'une ordonnance ou mandat de justice soit de tout autre ordre émanée de l'autorité légitime, sera puni de la réclusion."

Art. 189: „Si cette réquisition ou cet ordre ont été suivis de leur effet, la peine sera le maximum de la réclusion."

Art. 190: „Les peines énnoncées aux articles 188—189 ne cesseront d'être applicables aux fonctionnaires ou préposés qui auraient agi par ordre de leurs supérieurs, qu'autant que cet ordre aura été donnée par ceux-ci pour des objets de leur ressort, et sur lesquels il leur était dû obeissance hiérarchique; dans ce cas, les peines portées ci-dessus ne seront appliquées qu'aux supérieurs qui les premiers auront donné l'ordre."

Eine Verallgemeinerung dieser Rechtsgrundsätze im Wege der Analogie erscheint indes nicht zulässig. Dem steht die Existenz einer weiteren kasuistischen Einzelbestimmung entgegen, die genau das entgegengesetzte Prinzip ausspricht. Art. 327 besagt nämlich: „Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'hommicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime." Hier wird volle materielle Rechtmäßigkeit erfordert, ein Befehl zu einer strafbaren Tötung oder Körperverletzung ist also niemals verbindlich. Die sonst noch denkbaren rechtswidrigen Befehle haben eine ausdrückliche Regelung im Gesetz nicht gefunden.

Eine gegenüber dem italienischen Recht und den erwähnten Bestimmungen des französischen Rechts wesentliche Einschränkung der Gehorsamspflicht enthält das russische Strafgesetzbuch von 1903 in Art. 44, der in Übersetzung (vgl. Z 28, Beilage) lautet: „Eine Handlung ist nicht als strafbar zu betrachten, wenn sie in Ausführung eines Gesetzes oder eines ordnungsgemäß von der zuständigen Obrigkeit in den Grenzen ihrer Kompetenz erteilten Dienstbefehls begangen wurde, wenn dieser Befehl nichts offenbar Strafbares enthielt." Es wird also verlangt zunächst in formeller Beziehung die Zuständigkeit des Befehlenden (wegen des Ausdrucks „zuständige Obrigkeit" vgl. oben S. 31 die Ausführungen betreffs des schweizerischen Gesetzbuches von 1853), ferner aber die Innehaltung der etwa vorgeschriebenen Befehlsform — ein Erfordernis, das die zuletzt besprochenen Rechtssysteme nicht aufstellen. Zuständigkeit des Gehorchenden wird dagegen nicht verlangt. (AM. Kleinfeller, RvD

Allg. Teil I, 319). Insoweit bedeutet die Bestimmung des russischen Rechts eine Erweiterung gegenüber dem italienisch-französischen. Der wichtigste Unterschied gegenüber diesem liegt jedoch darin, daß nicht nur die formelle, sondern auch die materielle Seite des Befehls vom Untergebenen zu beachten ist. Freilich ist dieses Prüfungsrecht in materieller Beziehung so geartet — vgl. den Ausdruck „offenbar Strafbares", — daß es praktisch nicht viel bedeutet und daß jedenfalls nicht gesagt werden kann, ein Befehl rechtswidrigen Inhalts sei auf Grund dieser Bestimmungen niemals verbindlich. (Vgl. unten S. 57 die Bemerkungen zu Art. 94 des sächsischen Strafgesetzbuchs von 1855. Dort liegt die Sache bezüglich der materiellen Rechtmäßigkeit m. E. ebenso und findet sich eine eingehende Besprechung dieser besonderen Art von „Prüfungsrecht").

§ 47 des dänischen Militärstrafgesetzbuchs von 1881 (Übersetzung in Z. 2, Beilage 1) und § 24 des norwegischen Militärstrafgesetzbuchs von 1902 (Übersetzung in Mitt. der IKV 11, Beilage) sind in Anlehnung an § 47 unseres geltenden deutschen Militärstrafgesetzbuchs abgefaßt, sodaß wir uns hier mit der Hervorhebung der Unterschiede gegenüber diesem begnügen können. Im übrigen sei auf die Besprechung des geltenden deutschen Reichsrechts (unten S. 68 ff.) verwiesen. Die beiden genannten nordischen Kodifikationen haben die Gehorsamspflicht des Untergebenen im Vergleich zum deutschen Recht insofern eingeschränkt, als dieser nicht nur für die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens, sondern schlechthin für jedes Delikt verantwortlich ist, sowohl wenn er weiß, als auch — und hierin liegt ein weiterer bedeutsamer Unterschied vom deutschen Recht — wenn er wissen mußte, daß der Vorgesetzte ein Delikt bezweckte.

Einen abweichenden Standpunkt nimmt das norwegische bürgerliche Strafgesetzbuch von 1902 ein (Übersetzung in Mitt. der IKV 12, Beilage.) Einen verbindlichen rechtswidrigen Befehl kann es nach § 58 daselbst zwar niemals geben, doch kommt der Befehl als Strafmilderungsgrund in Betracht, auch kann unter Umständen von Strafe abgesehen werden.

Auch Österreich-Ungarn nimmt im militärischen Strafrecht eine andere Stellung ein, als im bürgerlichen. § 8 des Militärstrafgesetzbuchs von 1855 besagt: „Der Befehl eines Vorgesetzten entschuldigt nicht von der Zurechnung eines Verbrechens oder Ver-

gehens, wenn nicht das Gesetz ausdrücklich eine Ausnahme macht". Eine solche Ausnahme wird gemacht in § 158 ibid.:

„Die Nichtbefolgung eines Befehls kann dem Untergebenen als Subordinationsverletzung nicht zugerechnet werden, wenn

a) der Befehl dem Dienste oder der dem Landesfürsten schuldigen Treue offenbar zuwider ist;

b) wenn der Befehl eine Handlung oder Unterlassung zum Gegenstande hat, in welcher offenbar ein Verbrechen oder Vergehen zu erkennen ist;

c) wenn der Befehl von einem zwar Höheren, der jedoch nach der Dienstvorschrift dazu nicht ermächtigt war, gegeben worden;

d) ....."

(lit. d betrifft einen hier nicht interessierenden Fall.)

Beim Vorliegen einer oder mehrerer der unter lit. a—c normierten Voraussetzungen kann dem Untergebenen die Nichtbefolgung eines Befehls als Subordinationsverletzung nicht zugerechnet werden. Beim Nichtvorliegen dieser Voraussetzungen kann folglich der ungehorsame Untergebene wegen Subordinationsverletzung bestraft werden. Daraus geht hervor, daß wir es, soweit nicht einer der im § 158 normierten Ausnahmefälle vorliegt, mit einem verbindlichen Befehl zu tun haben, während wir ohne diesen bestimmten gesetzlichen Hinweis auf Grund der in § 8 enthaltenen prinzipiellen Statuierung der Verantwortlichkeit des Untergebenen für die Ausführung rechtswidriger Befehle im Gegensatz zu dem sonst offenbar als Vorbild benutzten § 71 des preußischen Militärstrafgesetzbuchs auch hier zu denselben Schlüssen und Folgerungen gelangen müßten wie oben S. 28 bezüglich des bayrischen Militärstrafgesetzbuches, zumal dieser Standpunkt sich mit der Stellungnahme des bürgerlichen Strafrechts in Österreich weit mehr decken würde.

Wie schon angedeutet und wohl ohne weiteres einleuchtend, enthält das österreichische Gesetz starke Anklänge an § 71 des des preußischen Militärstrafgesetzbuchs von 1845 und damit auch an § 47 unseres geltenden Reichsmilitärstrafgesetzbuchs. Wenn jedoch Dangelmaier (S. 80) eine völlige Übereinstimmung des österreichischen und des deutschen Rechts behauptet, so ist das nicht zutreffend. Nach deutschem Recht genügt es nicht zur Entbindung des Untergebenen von seiner Gehorsamspflicht, daß „offenbar" ein Verbrechen oder Vergehen in der Handlung „zu erkennen

ist", er muß vielmehr „wissen", daß ein solches bezweckt wird. Auf die sehr zweifelhafte Frage, ob lit. c des österreichischen Gesetzes vielleicht indirekt durch den Ausdruck „Befehl in Dienstsachen" auch in § 47 des deutschen Militärstrafgesetzbuchs enthalten ist, dergestalt, daß nur unmittelbare Vorgesetzte einen Befehl in Dienstsachen erlassen können, kann hier nicht näher eingegangen werden.

Auch der nichtverbindliche rechtswidrige Befehl ist im österreichischen Militärstrafgesetzbuch ausdrücklich berücksichtigt: Nach § 114 c daselbst wirkt es als Strafmilderungsgrund, „wenn der Täter auf Antrieb eines Dritten aus Furcht oder Gehorsam die Übeltat begangen hat."

Derselbe Grundsatz gilt nach § 264 des österreichischen Strafgesetzes über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen von 1852 auch auf dem Gebiete des bürgerlichen Strafrechts.[1]) Über den rechtwidrigen, verbindlichen Befehl existiert dort jedoch keine Bestimmung. Zwar bestimmt § 2e des eben erwähnten Gesetzes:

„Als Verbrechen kann eine Handlung oder Unterlassung nicht zugerechnet werden, ...

e) wenn ein solcher Irrtum mitunterlief, der ein Verbrechen in der Handlung nicht erkennen ließ."

Ein solcher Irrtum kann natürlich auch auf einen Befehl zurückgehen. Über dessen Verbindlichkeit ist damit aber garnichts gesagt. Denn daß hier nur der Irrtum als solcher strafausschließend wirkt, geht schon aus der allgemeinen Fassung des Gesetzes hervor, die nicht nur den Fall des Befehls, sondern auch die verschiedensten anderen Fälle in sich begreift.

Unbekannt ist der verbindliche, rechtswidrige Befehl auch dem niederländischen Strafgesetzbuch von 1881 (Übers. in Z. 1, 1. Beilage). Dieses sagt in Art. 43:

„Nicht strafbar ist, wer eine Handlung zur Ausführung eines amtlichen, von der zuständigen Behörde gegebenen Befehls begeht.

Ein unberechtigt gegebener amtlicher Befehl hebt die Strafbarkeit nicht auf, es sei denn, daß er von dem Untergebenen in gutem Glauben als berechtigt angesehen wurde und die Befolgung desselben zu dessen Amtsgeschäften gehörte."

Auch hier kann also der Untergebene höchstens infolge eines

[1]) Ebenso in § 47 des Regierungsentwurfs von 1912. (Mitt. d. IKV 20, Beilage).

Irrtums straflos bleiben, von einer Verbindlichkeit des rechtswidrigen Befehls kann jedoch keine Rede sein. (Vgl. S. 8).

Ebenso liegt die Sache in England, das ein kodifiziertes Strafrecht noch nicht besitzt. (Vgl. RvD Allg. Teil I, S. 302 ff).

Um das Gesagte zusammenzufassen: Das eine Extrem, den absoluten Gehorsam, finden wir in der Schweiz. Gänzlich ablehnend gegen den verbindlichen rechtswidrigen Befehl verhalten sich die Niederlande und England. In mehr oder minder weitgehendem Maße anerkannt ist derselbe im italienischen, französischen, russischen, dänischen, norwegischen und österreichischen Recht. Danach können wir nunmehr zu unserem geltenden deutschen Recht übergehen.

c) Das geltende Recht des Inlandes.

α) Der Beamte.

1 Allgemein.

aa) Im Reich und in Preußen.

Eine allgemeine Bestimmung, aus der sich eine bestimmte Begrenzung der Gehorsamspflicht der Staatsbeamten entnehmen ließe, existiert weder im Reich noch in Preußen. Zwar könnte es zunächst anders erscheinen, wie denn z. B. Frank (S. 110)[1] das Vorhandensein einer solchen für das Reich annimmt und zwar des Inhalts, daß bei jedem Reichsbeamten die „allgemeine Rechtspflicht" der Gehorsamspflicht vorgehe, mithin ihm ein unbegrenztes Prüfungsrecht bezüglich der materiellen Rechtmäßigkeit der ihm erteilten Befehle zustehe. Frank hat hierbei die §§ 10, 13 des Reichsbeamtengesetzes vom 17. Mai 1907 im Auge. § 10 lautet: „Jeder Reichsbeamte hat die Verpflichtung, das ihm übertragene Amt der Verfassung und den Gesetzen entsprechend gewissenhaft wahrzunehmen und durch sein Verhalten in und außer dem Amte der Achtung, die sein Beruf erfordert, sich würdig zu zeigen." § 13 bestimmt: „Jeder Reichsbeamte ist für die Rechtmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich." Diese Bestimmungen enthalten jedoch, wie Kleinfeller (RvD Allg. Teil I, S. 277 und 285) mit Recht betont, keine Lösung des Problems. Denn sie sind derart allgemein gefaßt, daß unter den Gesetzen, denen der Beamte zu entsprechen hat, auch sein amtspflichtmäßiger Gehorsam mitverstanden werden muß. Jeder in dieser Hinsicht etwa mögliche Zweifel wird beseitigt durch § 72 RBG: „Ein Reichsbeamter,

[1] Vgl. auch ähnlich Binding HB I, 807.

welcher die ihm obliegenden Pflichten (§ 10) verletzt, begeht ein Dienstvergehen und hat die Disziplinarstrafe verwirkt.“ Der § 10 wird also vom Gesetzgeber selbst zum Inbegriff aller Pflichten des Reichsbeamten gestempelt, er wird zur Grundlage des ganzen Disziplinarrechts gemacht. Daß aber zu den Pflichten des Reichsbeamten auch die Pflicht des Gehorsams gegen seine Vorgesetzten gehört, wird man wohl nicht gut bezweifeln können. Gehört jedoch sonach die Beobachtung des schuldigen Gehorsams zu der „gesetzmäßigen“ Amtswahrnehmung, die dem Beamten nach § 10 obliegt und für die er nach § 13 einzustehen hat, dann können diese beiden Vorschriften als Beantwortung der Frage, die sie ja selbst erst enthalten, nicht angesehen werden.

Ebenso läßt sich aus den allenfalls als einschlägig zu betrachtenden Vorschriften des preußischen Recht eine Begrenzung der Gehorsamspflicht nicht gewinnen. Es finden sich diese sämtlich im zehnten Titel des zweiten Teils des Allgemeinen Landrechts: „Von den Rechten und Pflichten der Diener des Staates“ und lauten: „§ 2. Sie sind, außer den allgemeinen Untertanenpflichten, dem Oberhaupt des Staates besondere Treue und Gehorsam schuldig.“ „Wer ein Amt übernimmt, muß auf die pflichtmäßige Führung desselben die genaueste Aufmerksamkeit wenden.“ „§ 89. Jedes dabei begangene Versehen, welches bei gehöriger Aufmerksamkeit und nach den Kenntissen, die bei der Verwaltung des Amtes erfordert werden, hätte vermieden werden können und sollen, muß er vertreten.“ Dies alles sind Vorschriften, wie sie kaum allgemeiner und nichtssagender sein könnten. Überhaupt nicht verwertbar sind die §§ 45–47 ALR I, 6: § 45: „Wer den Befehl dessen, dem er zu gehorchen schuldig ist, vollzieht, kann in der Regel zu keinem Schadensersatz angehalten werden.“ § 46: „Er muß aber dafür haften, wenn die befohlene Handlung in Gesetzen ausdrücklich verboten ist.“ § 47: „Wer vermöge seines Standes oder Amtes die Befehle seiner Vorgesetzten ohne Einschränkung zu befolgen verpflichtet ist, von dem kann nicht gefordert werden, daß er einen in Dienstgeschäften ihm geschehenen Auftrag seiner Oberen prüfe.“

Diese Vorschriften setzen die Möglichkeit sowohl eines beschränkten wie des absoluten Gehorsams rein theoretisch voraus, sagen aber mit keiner Silbe, wann denn immer die eine oder die

andere Begrenzung des Gehorsams vorliegt. Und vor allem beziehen sie sich keineswegs speziell auf Beamte.

Wie oben (S. 25) erwähnt, hat man ja auch bei der Schaffung des preußischen Strafgesetzbuchs von 1851, nachdem es ursprünglich anders geplant war, von einer ausdrücklichen Regelung der Frage bewußt Abstand genommen.

Wir müssen also sowohl für das Reich wie für Preußen die Lösung auf anderem Wege zu finden suchen. Das sicherste und darum erwünschteste Ergebnis wäre es freilich, wenn wir sie finden könnten unter Ausschluß aller praktisch-politischen Erwägungen lediglich auf dem Wege rein logischer Deduktion oder noch besser durch indirekte Herleitung aus irgend einer positiven Gesetzesvorschrift wenn auch spezieller Natur. Ich sehe hierzu jedoch leider keine Möglichkeit; und soviel bisher einzelne Theorieen mit dem Anspruch aufgetreten sind, eine solche Lösung zu bieten, muß die Berechtigung dieses Anspruches bestritten werden.

Das gilt zunächst von der Theorie, die Laband (in seinem Staatsrecht des Deutschen Reiches, I S. 460—465) aufgestellt hat. Nach Laband hat der Beamte jeden Befehl seiner Vorgesetzten einer Prüfung hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit zu unterziehen. Und zwar erstreckt sich diese auf drei Punkte, nämlich (S. 462 a. a. O.):

„Ist die befehlende Behörde kompetent, den Befehl zu erlassen? Ist der beauftragte Beamte kompetent, die ihm aufgetragene Handlung vorzunehmen? Ist der Befehl in der vorschriftsmäßigen Form erteilt worden?“ Dagegen soll der Beamte zur Prüfung des Befehls in materieller Hinsicht nicht berechtigt sein. Findet er also bei der pflichtgemäßen Prüfung der drei formellen Punkte keinen Anstand, so ist nach Laband der Befehl für ihn verbindlich. — Dies trotz M. E. Mayer, Festschrift für Laband S. 141—143, der Laband dahin verstanden wissen will, nach pflichtgemäßer Feststellung der formellen Ordnungsmäßigkeit sei der Gehorchende lediglich wegen Irrtums über die materielle Rechtmäßigkeit, sofern dieser vorhanden, von Verantwortlichkeit befreit. Laband verneine eine Prüfungspflicht des Untergebenen bezüglich der materiellen Seite des Befehls, nicht aber ein Prüfungsrecht (was übrigens mit dem Vorhergehenden keineswegs identisch ist!) — Daß dies die Auffassung Labands nicht sein kann, ergibt sich m. E. klar aus

S. 462 bei Laband a. a. O., wo ein „unbedingtes und unbegrenztes Prüfungsrecht“ des Beamten mit größter Schärfe abgelehnt wird. Vgl. hierzu auch Schneider, S. 18 ff. Zur Begründung seiner Abgrenzung des verbindlichen Befehls führt Laband Folgendes aus: Wollte man dem Beamten ein materielles Prüfungsrecht gewähren, so „würde man das System der Behördenorganisation und die Unterordnung der niederen Behörden unter die oberen nicht nur zerstören, sondern geradezu auf den Kopf stellen ..... und es würde demnach nicht das Reichsgericht, sondern der Gerichtsvollzieher, nicht das Finanzministerium oder die Oberzolldirektion, sondern der Zolleinnehmer in Wahrheit die letzte Instanz sein.“ (S. 462 a. a. O.) Was dagegen die von dem Untergebenen vorzunehmende formelle Prüfung anbelange, so bestehe über die Notwendigkeit einer Prüfung des Inhalts, ob eine etwa vorgeschriebene Form des Befehls innegehalten sei, kaum eine Meinungsverschiedenheit. (S. 462 a. a. O.) Die Prüfungspflicht des Unterbeamten bezüglich der beiden anderen formellen Punkte beruhe darauf, daß der befehlende Vorgesetzte weder im Stande sei, seine eigene Kompetenz, noch die seiner Untergebenen zu erweitern.

Weniger Laband selbst, als einzelne Anhänger seiner Theorie, namentlich Freund (Archiv für Öffentl. Recht Bd. I S. 115 und 135 f) und M. E. Mayer (S. 140 a. a. O.) erblicken in dieser Lehre insofern einen eminenten Fortschritt gegenüber früheren Versuchen, die Frage zu lösen, als durch sie „das Problem aus der Herrschaft politischer und philosophischer Reflexionen befreit und der juristischen Lösung zugeführt“ sei. (Mayer a. a. O.) Dies kann nicht zugegeben werden. Labands Lehre mag immerhin zutreffend sein — und im Wesentlichen ist sie es m. E., wie unten noch auszuführen sein wird, — aber sie beruht genau ebensoviel und ebensowenig auf „politischen und philosophischen Reflexionen“ wie alle anderen Theorieen. Wenn Laband sagt, der Vorgesetzte sei nicht „imstande“, seine oder seines Untergebenen Kompetenz zu erweitern, so kann man dem nur dann unbedingt zustimmen, falls hier „imstande“ im Sinne von „berechtigt“ gebraucht ist. Berechtigt ist der Vorgesetzte hierzu zweifellos nicht. Ebensowenig ist er aber berechtigt, materiell rechtswidrige Befehle zu erteilen. (Vgl. insofern Loening, Verwaltungsrecht Anm. 5 auf S. 123.) Das wird im Ernst wohl Niemand bestreiten wollen. Aber diese so

selbstverständliche Erkenntnis wird leicht beeinträchtigt durch die fehlerhafte Konstruktion, daß die auf bindenden Befehl begangene rechtswidrige Handlung dem Staatswillen entspreche, während in Wahrheit der Staat diese Handlung keineswegs „will", sondern nur ihre Möglichkeit der Möglichkeit einer Subordinationsverletzung vorzieht. (Vgl. oben S. 3.) Durch jene falsche Konstruktion gelangt man zu dem Schluß, daß sich das Recht des Vorgesetzten, zu befehlen, mit der Pflicht des Untergebenen, zu gehorchen, decken müsse. Das ist aber nur da der Fall, wo die Gehorsamspflicht über die Grenzen der allseitig rechtmäßigen Handlungen nicht hinausgeht. Soweit jedoch auch rechtswidrige Handlungen bindend befohlen werden können und werden, entspricht der Gehorsamspflicht des Untergebenen auf Seiten des Befehlenden kein Befehlsrecht mehr, sondern nur eine Machtverleihung, eine rein tatsächliche Befehlsgewalt. Hat somit einerseits die „Berechtigung" des Vorgesetzten zur Befehlserteilung, die ihrerseits überhaupt nicht problematisch ist, mit dem Problem der Gehorsamspflicht des Untergebenen nichts zu tun, so ist andrerseits die „Machtverleihung" an den Vorgesetzten mit diesem Problem identisch. Wenn nun Laband eine Machtverleihung an den Vorgesetzten zu materiell rechtswidrigen Befehlen annimmt, zu formell rechtswidrigen aber leugnet, so mag das, wie gesagt, richtig sein, eine „juristische Lösung" im Sinne Mayers und Freunds, d. h. im Gegensatz zu einer „unjuristischen", „politisch-philosophischen" ist das aber nicht. Denn sie ist weder von irgend einer positiven Rechtsbestimmung abgeleitet, noch im Wege logischer Deduktion aus der Natur des Gehorsamsverhältnisses gefolgert. Denken läßt sich vielmehr sehr wohl eine Gehorsamspflicht, die so weit geht, daß der Untergebene weder zur Prüfung irgend welcher Kompetenzfragen, noch zur Prüfung der äußeren Befehlsform berechtigt ist.

In seiner schon mehrfach zitierten Abhandlung glaubt Freund das Problem dem Ideal der „juristischen Lösung" dadurch noch näher geführt zu haben, daß er §§ 110, 113 StGB heranzieht. Auf Grund des Gedankens, daß die Gehorsamspflicht des Beamten nur soweit gehen könne, als er gegen den Widerstand der von seiner Amtshandlung betroffenen Privaten geschützt sei, versucht Freund den Begriff der „rechtmäßigen Ausübung des Amtes" aus der Entstehungsgeschichte des § 113 dahin zu interpretieren, daß

der gehorchende Unterbeamte dann in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes begriffen sei, wenn der Befehl den drei von Laband aufgestellten formellen Erfordernissen entspreche. (S. 133 ff. a. a. O.) Nur soweit reiche also das Prüfungsrecht des Beamten und entsprechend regle sich seine Gehorsamspflicht. Man habe die allgemeine Fassung „rechtmäßig" im Reichstage gerade deshalb gewählt, um nicht der Annahme eines materiellen Prüfungsrechts Vorschub zu leisten.

In dieser Beweisführung ist zunächst schon der Gedanke unrichtig, daß die Gehorsamspflicht des Beamten nicht weiter gehen könne, als der ihm gewährte Schutz gegen Widerstand. (Vgl. unten S. 96). Diese Regelung ist freilich für den Gesetzgeber das Wünschens- und Erstrebenswerteste, aber notwendig ist sie durchaus nicht, ja sobald man den Begriff des Widerstandes nicht im technischen Sinn des § 113 StGB faßt, ist sie beim rechtswidrigen Befehl ohne eine Einschränkung des Notwehrrechts sogar nicht einmal möglich, wie wir später sehen werden. (Vgl. unten S. 96) Daß Freund die von uns vertretene Ansicht als „widersinnig" bezeichnet, wird uns an ihr nicht irre machen können. (Vgl. hierzu Binding II, S. 773 Anm. 4). Im übrigen leiden die Freund'schen Ausführungen entschieden an einer außerordentlichen Überschätzung der Gesetzesmaterialien. Mag immerhin das Wörtchen „rechtmäßig" im Reichstag deshalb gewählt worden sein, um nicht zur Annahme eines materiellen Prüfungsrechtes zu nötigen, so mag das ein Wink für die Auslegung sein, es ist aber ganz unmöglich, sie darauf allein zu basieren. Denn der Ausdruck „rechtmäßig" ist derart allgemein, daß tatsächlich für die Auslegung, die nach Freund vermieden werden sollte, noch durchaus Raum bleibt. (Vgl. gegen Freund insbesondere auch Schneider, S. 23 ff.) Als ganz abwegig muß es vollends bezeichnet werden, wenn Freund das Prinzip, das er aus § 113 StGB entnehmen zu können glaubt, außer auf die Vollstreckungsbeamten, von denen § 113 doch allein spricht, auf schlechthin sämtliche Beamte, die höheren Befehlen zu gehorchen haben, und zwar Reichs- wie Landesbeamte, ausdehnt, sodaß alle einzelstaatlichen Gesetzesbestimmungen, die dem entgegenstehen, keine Geltung beanspruchen könnten! (S. 143 a. a. O.) Man sieht es dem harmlosen § 113 wahrhaftig nicht an, daß er die wichtigsten Bestimmungen des einzelstaatlichen Ver-

waltungsrechts über den Haufen wirft! Bei unbefangener Betrachtung kann es m. E. doch gar nicht zweifelhaft sein, daß § 113, wenn er ohne jede weitere Erklärung das Wort „rechtmäßig“ braucht, darüber, was rechtmäßig ist, kein Urteil fällen will, vielmehr diese Frage der zuständigen Gesetzgebung — und das ist eben bezüglich der Amtsakte der einzelstaatlichen Beamten die der Einzelstaaten und nicht die des Reichs —, beziehungsweise, wenn diese Gesetzgebung nichts Ausdrückliches bestimmt, der Wissenschaft und Praxis überläßt. (Gegen diese spezielle Ansicht Freunds vgl. auch Penkert, S. 13, und Lewkowicz, S. 10).

Wenn die Theorie von Laband und ihre Ausgestaltung durch Freund vorweggenommen und in ziemlich breitem Rahmen behandelt worden ist, ehe wir noch zur eigentlichen Besprechung des Themas selbst kommen, so geschah dies deshalb, weil ich mich von vornherein gegen den eventuellen Vorwurf unjuristischer Behandlung durch das Hereinziehen allgemeiner, politisch gefärbter Erwägungen verwahren wollte. Gewiß soll der Jurist erst, wenn alles andere versagt, zu solchen Erwägungen seine Zuflucht nehmen; aber ein solcher Fall liegt hier eben vor. Weder bietet die Gesetzgebung zureichende Anhaltspunkte, noch läßt sich aus der abstrakten Natur des Gehorsamsverhältnisses etwas folgern. Also bleibt nichts übrig, als uns mit dem konkreten Gehorsamsverhältnis, dem der Reichsbeamten und der preußischen Beamten, zu beschäftigen und aus seiner Natur das Prinzip zu gewinnen. Damit aber wird das Hereinziehen jener Gesichtspunkte unvermeidlich. Es erschien sonach angebracht, uns über die freilich bedauerliche Notwendigkeit, jenen so schwankenden Boden zu betreten, vorab zu verständigen. Dabei konnten wir den Versuch einer eingehenden Widerlegung der wenigen, aber namhaften Schriftsteller, die diese Notwendigkeit leugnen, schlechterdings nicht umgehen.

Eben diese Notwendigkeit, das Resultat aus allgemeinen Gesichtspunkten zu gewinnen, gibt uns auch die Berechtigung, im Folgenden die Frage für das Reich und für Preußen gemeinsam zu erörtern. (A. M. Schneider, S. 10, auf Grund der m. E. irrigen Ansicht, daß im Gegensatz zum Pr. ALR das RBG eine „Einschränkung der Gehorsamspflicht“ enthalte). Denn man wird nicht sagen können, daß die maßgebenden Gesichtspunkte, als da sind

das nur durch Disziplin gewährleistete sichere und stetige Arbeiten der Staatsmaschine einerseits, die Achtung vor dem Gesetz andererseits, der Geist des Verwaltungsorganismus, die geschichtliche Tradition usw. im Reiche wesentlich andere seien als in Preußen, zumal ja stets der größere Teil der Reichsbeamten aus dem preussischen Beamtentum hervorgeht und auch die oberste Leitung beider Hierarchien teilweise in denselben Händen liegt.

Daß für die beiden Hierarchien der Grundsatz des absoluten Gehorsams, wie ihn einst Baldus und Hobbes lehrten, (vgl. Freund S. 117) nicht in Frage kommen kann, bedarf kaum noch der Begründung. Zum mindesten entspricht eine Gehorsamspflicht selbst dann, wenn der Gehorchende weiß, daß es auf eine strafbare Handlung ankommt, auf dem Gebiete des Zivilstaatsdienstes keinesfalls mehr unseren heutigen rechtlichen Anschauungen. Das muß schon im Hinblick auf § 47 des Militärstrafgesetzbuchs gesagt werden, der sogar den Soldaten von seiner Gehorsamspflicht entbindet, wenn er weiß, daß der befehlende Vorgesetzte ein Verbrechen oder Vergehen bezweckt. Daran aber wird wohl Niemand zweifeln, daß sich das Gehorsamsverhältnis des Zivilstaatsdienstes an Intensität mit dem militärischen nicht entfernt messen kann.

Aus demselben Grunde, weil sie nämlich ihrem Wesen nach nichts anderes ist als die Theorie der absoluten Gehorsamspflicht, kann auch die sogenannte Remonstrationstheorie nicht in Frage kommen, die im 19. Jahrhundert vielfach verbreitet war, und ihren Hauptvertreter in Gönner fand (vgl. Freund, S. 119 ff.) Diese Theorie legt dem Beamten die Pflicht auf, sobald ihm die Rechtmäßigkeit eines Befehls zweifelhaft erscheint, bei seiner vorgesetzten Behörde vorstellig zu werden. Hält diese jedoch den Befehl aufrecht, so hat er unbedingt zu gehorchen. Diese Theorie ist allerdings in manchen Bundesstaaten geltendes Recht geworden, so z. B. in Württemberg. Nichtsdestoweniger aber entspricht sie für das Beamtendienstverhältnis unseren heutigen Rechtsanschauungen nicht mehr — es ist zu beachten, daß die betreffende Bestimmung des württembergischen Rechts, Art. 53 der Verfassung, aus dem Jahre 1819 stammt — und es muß daher als ausgeschlossen gelten, daß sie in Ermangelung einer positiven Gesetzesbestimmung für das Reich oder für Preußen als geltendes Recht in Frage käme. Der Grund hierfür ist aber, wie gesagt, der, daß diese

Theorie in Wahrheit nicht anderes ist, als das Prinzip des absoluten Gehorsams mit einer Kautele von nur relativem Wert. (Ebenso Schneider S. 16). Denn wenn die vorgesetzte Behörde auf die Remonstration hin bei ihrer Entscheidung beharrt, besteht ja für den Untergebenen nichts anderes als absolute Gehorsamspflicht. Dagegen sollte man das zuerst von Laband (S. 461 n. 1) gebrachte und seither in der Literatur oft wiederholte Argument (vgl. M. E. Mayer S. 140 n. 1, Bauer in Hirths Annalen 1902 S. 888; Wachsmuth S. 30; ähnlich Freund S. 125; Schneider S. 15; Tiessen S. 3, 5), „ein rechtswidriger und an sich nichtiger Befehl kann dadurch nicht Rechtwirksamkeit erlangen, daß er zweimal erteilt wird" doch endlich ruhen lassen. Es ist nicht ganz klar, was hier mit „Rechtswirksamkeit" gemeint ist. Soll damit gesagt werden, ein rechtswidriger Befehl könne durch zweimalige Erteilung nicht rechtmäßig werden, derart, daß seine Ausführung rechtmäßig sei, so ist dem allerdings zuzustimmen. „Rechtmäßig" kann der rechtswidrige Befehl überhaupt nicht werden, mag man den verbindlichen Gehorsam begrenzen, wie man will. (Vgl. unten S. 88 ff.) Zunächst handelt es sich hier aber gar nicht um die sekundäre Frage, ob die Ausführung des rechtswidrigen Befehls rechtmäßig ist oder nicht, sondern um die Verbindlichkeit des Befehls. Sollte aber diese gemeint sein mit dem Ausdruck „Rechtswirksamkeit", so ist durchaus nicht einzusehen, warum eine vorangehende Remonstration nicht ebensogut Vorbedingung der Verbindlichkeit sein soll wie die formelle Rechtsmäßigkeit. Der Vorwurf des „logischen Widerspruchs", den van Calker (S. 41) der Remonstrationstheorie macht, ist daher durchaus unbegründet. Schwerwiegender ist schon das Argument, das unter der Herrschaft dieses Prinzips leicht ein schleppender Geschäftsgang einreißen könnte, wenn der Untergebene jederzeit das Recht habe, einen Befehl zwecks anzustellender Remonstration zunächst unausgeführt zu lassen. Ich stehe jedoch nicht an, auszusprechen, daß dieser vielgeschmähten Theorie ein durchaus brauchbarer Gedanke zugrunde liegt. Wo es auf eine möglichst wenig in Frage gestellte Subordination ganz besonders ankommt, da ist sie durchaus diskutabel. In unserem Zivilstaatsdienst besteht jedoch ein Interesse an prompter Disziplin nicht in so hohem Grade, daß es die berechtigten Bedenken, die sich im Interesse der Autorität des Ge-

setzes gegen das Prinzip der Remonstrationstheorie erheben, zum Schweigen bringen könnte. In ihrer Verwerfung befinden wir uns daher im Einklang mit der allgemeinen Ansicht.

Sämtliche übrigen Theorien lassen sich zusammenfassen unter der Gesamtbezeichnung „Prüfungsrechtstheorien" und zunächst nach dem Gesichtspunkt, ob sie dem Untergebenen ein unbeschränktes oder ein begrenztes Prüfungsrecht gewähren, in zwei große Gruppen einteilen. Innerhalb der ersten Gruppe, die ein unbeschränktes Prüfungsrecht in formeller wie in materieller Beziehung gewährt, müssen jedoch wieder zwei Theorien scharf auseinander gehalten werden, die leicht zu verwechseln sind: Der fundamentale Unterschied zwischen beiden ist der, daß die eine je nach dem Ausfall der schrankenlos zulässigen Prüfung, nämlich je nachdem die Rechtswidrigkeit des Befehls dem Beamten zur Gewißheit wird oder zweifelhaft bleibt, den Befehl für unverbindlich oder verbindlich erklärt; nach dieser Theorie gibt es also einen rechtswidrigen verbindlichen Befehl; nach der zweiten aber ist ein rechtswidriger Befehl niemals verbindlich; eine Straflosigkeit dessen, der einen solchen Befehl ausführt, ist also höchstens wegen Irrtums denkbar.

Die erstere gehört im wesentlichen der Geschichte an. Grotius, Pufendorf, Bochmer wären als ihre Hauptvertreter zu nennen (vgl. Freund S. 118). Heute steht, soviel ich sehe, Niemand mehr voll und ganz auf dem Boden dieser Lehre. (Denkbar wäre es allerdings von einer Entscheidung des Reichsgerichts — RG 6, 432, insbes. S. 439/440; es ist aber zweifelhaft). Eine eigenartige Kombination dieser „Zweifelstheorie" mit der Labandschen bezw. der „modifizierten Labandschen" Theorie (vgl. unten S. 47) stellen die Ansichten von G. Meyer (Meyer-Anschütz S. 514) und Wachsmuth (S. 36 f) dar.

Die zweite Theorie, die der Unverbindlichkeit jedes rechtswidrigen Befehls, wird vertreten von Berner (S. 102), von Kirchenheim (GS 1878 S. 172 ff), Loening (S. 122 und Anm. 5 daselbst), Brauer (GS 1856, S. 388), Buchmann (insbes. S. 21 ff), Penkert (S. 22 ff), Schneider (S. 51), Tiessen (S. 19 ff), anscheinend auch Meyer-Allfeld (§ 33 III), v. Liszt (§ 35 I 3 und Anm. 1 das.) Rehm (HA 1885 S. 65 ff; s. insbes. S. 84, 100, 153). Als Besonder-

heit innerhalb dieser Gruppe stellt sich die Ansicht von M. E. Mayer dar. Dieser nimmt zwar prinzipiell die Unverbindlichkeit des rechtswidrigen Befehls an und dementsprechend ein unbeschränktes Prüfungsrecht, beschränkt aber die Prüfungspflicht des Untergebenen ausdrücklich auf die formelle Seite des Befehls im Sinne der Labandschen Theorie (mit der er sich damit in voller Übereinstimmung zu befinden behauptet; vgl. oben S. 39), sodaß der Untergebene, wenn er einen materiell rechtswidrigen Befehl ausführt, durch Irrtum verantwortungsfrei wird. (Mayer a. a. O. S. 119 ff., insbes. S. 137 ff.). Ähnlich, indem er die Prüfungspflicht bis zu einem gewissen Grade auch auf die materielle Seite ausdehnt, v. Bar (S. 115).

Diesen Theorien des unbeschränkten Prüfungsrechts stehen die des beschränkten gegenüber. Hier ist vor allem die oben schon wiedergegebene Theorie des formellen Prüfungsrechts von Laband zu nennen — wonach also der Befehl nur bei Erkenntnis der formellen Unrechtmäßigkeit unverbindlich ist. Ihr haben sich angeschlossen: Freund, in seiner ebenfalls schon mehrfach erwähnten Abhandlung (vgl. jedoch S. 137 daselbst), Girginoff (S. 63, 64), Merkel (S. 160), Flesch (S. 73 ff.), Sülflow (S. 70). Ob Binding hierher zu rechnen oder der gleich zu erwähnenden modifizierten Laband'schen Theorie zuzuzählen ist, erscheint zweifelhaft. (Vgl. Lehrbuch II, S. 766 und 771). Auch Schütze (S. 107) dürfte hierher gehören, trotz des circulus vitiosus, der darin liegt, daß er behauptet, die Pflicht des Gehorsams sei „von nachstehenden Voraussetzungen abhängig: Zuständigkeit des Befehlenden für den Inhalt des Befehls; gesetzmäßige Form des Befehls; das Befohlene muß innerhalb der amtlichen Zuständigkeit und dienstlichen Gehorsamspflicht des handelnden Untergebenen gelegen sein.“ Wachenfeld weicht nur darin von Laband ab, daß er dem Beamten keine Prüfung der vorgeschriebenen Befehlsform, vielmehr nur Prüfung der beiderseitigen Zuständigkeit einräumt. (Kohlers Enzykl. II, S. 260).

Im Prinzip haben sich der Laband'schen Theorie noch eine Anzahl weiterer Schriftsteller angeschlossen, jedoch mit einer so wesentlichen Abweichung, daß es gerechtfertigt erscheint, sie den Vertretern jener Lehre als selbständige Gruppe gegenüber zu stellen. Diese „modifizierte Laband'sche Theorie“ — wie ich sie

nennen möchte, — geht davon aus, daß nach der reinen Laband'schen Theorie konsequenterweise der Untergebene zum Gehorsam auch dann verpflichtet ist, wenn er positiv weiß, daß ein formell rechtmäßiger Befehl eine strafbare Handlung zum Gegenstande hat. Da ihr dies Ergebnis mit unserem geltenden Recht unvereinbar erscheint, schließt sie auch in diesem Falle die Gehorsamspflicht aus, nimmt also ein Prüfungsrecht in materieller Richtung, beschränkt auf die Frage der Strafbarkeit, an. So Kleinfeller (RvD T. I S. 287 u.), Olshausen (§ 113 n. 15a), van Calker (S. 42 ff), Lewkowicz (S. 23), der jedoch dem Beamten vor endgültiger Verweigerung des Gehorsams wegen des deliktischen Inhalts eine Remonstration zur Pflicht macht. (Also eine Remonstration mit dem umgekehrten Ergebnis wie bei der alten Remonstrationstheorie!) Ferner stehen auf dem Boden der modifizierten Laband'schen Theorie auch Bauer (HA 1902 S. 891 f), der aber keine Prüfung der vorgeschriebenen Befehlsform, und Hälschner (II S. 810 in Verbindung mit I S. 401), der keine Prüfung der Zuständigkeit des Vorgesetzten einräumt.

Als vollständige Besonderheit dürfte endlich die Ansicht Otto Mayers (Deutsches Verwaltungsrecht II, S. 236 ff) anzusehen sein, der dem Beamten nicht nur ein formelles, sondern auch ein materielles Prüfungsrecht, aber nur innerhalb der Grenzen seiner „amtlichen Selbständigkeit" gewährt. (Buchmann — vgl. oben S. 46 — identifiziert seine Ansicht zu Unrecht mit der Otto Mayers.) Da aber die amtliche Selbständigkeit der verschiedenen Beamtenklassen verschieden weit gehe, lasse sich eine allgemeine Bestimmung überhaupt nicht geben.

Unter diesen, wie man sieht, recht mannigfaltigen Theorien gilt es nun, soweit dies noch nicht geschehen ist, Stellung zu nehmen. Die Theorie des absoluten Gehorsams und die Remonstrationstheorie haben wir bereits abgelehnt. Das völlig Unbefriedigende der Otto Mayer'schen Theorie, die mangels jeder sicheren Begrenzung praktisch ganz unbrauchbar ist, dürfte auf der Hand liegen. Keineswegs zutreffend scheint mir jedoch auch die Theorie der Unverbindlichkeit jedes rechtswidrigen Befehls mit entsprechendem unbegrenztem Prüfungsrecht. Da wäre die alte Zweifelstheorie noch bedeutend brauchbarer; doch erweckt auch sie mit ihrem formell wie materiell unbeschränkten Prüfungsrecht starke

Bedenken. Ein unbegrenztes Prüfungsrecht des Unterbeamten muß die im Interesse des sicheren und prompten Arbeitens der Staatsmaschine unbedingt notwendige Subordination auf das Schwerste gefährden, namentlich in der inneren Verwaltung. Alles von den Gegnern hiergegen Vorgebrachte ist nicht stichhaltig. Wenn insbesondere M. E. Mayer meint, diese Bedenken könnten nur dann auftauchen, wenn man den Begriff des materiell rechtmäßigen von dem des materiell rechtswidrigen Befehls nicht richtig abgrenze (vgl. oben S. 3 ff), so haben wir darauf oben bereits a. a. O. geantwortet. Wenn wir auf dem Boden jener unrichtigen, von M. E. Mayer mit Recht zurückgewiesenen Abgrenzung des materiell rechtmäßigen vom materiell rechtswidrigen Befehl stünden, müßten unsere Bedenken gegen das unbegrenzte Prüfungsrecht nur noch um vieles schwerwiegender sein. In jenem Falle wäre die Forderung eines unbegrenzten Prüfungsrechts geradezu eine Absurdität und ihre gesetzliche Verwirklichung eine Art Selbstmord des Staates. Aber auch so, wo wir mit M. E. Mayer auf dem Standpunkt stehen, daß nur der auf „objektloser" oder „böswilliger" Konkretisierung beruhende Befehl materiell rechtswidrig ist, sind diese Bedenken noch derart stark, daß wir uns für den Gedanken des unbegrenzten Prüfungsrechts nicht zu erwärmen vermögen. Es wäre ja alles schön und gut, wenn der untergeordnete Beamte bei seiner Prüfung nicht dem Irrtum unterworfen wäre. Dann wäre das Prinzip des unbegrenzten Prüfungsrechts das einzig Richtige. Leider ist dem aber nicht so, und ein unbegrenztes Prüfungsrecht ist daher gleichbedeutend mit einer unbegrenzten Möglichkeit, daß nicht nur rechtswidrige, sondern auch rechtmäßige Befehle unausgeführt bleiben. Daß dieses Prinzip den Traditionen des preußischen und deutschen Beamtentums nicht entspricht, dürfte kaum zu bezweifeln sein. Wollte man es als geltendes Recht betrachten, so müßte es im Gesetz zu zweifelsfrei klarem Ausdruck gelangt sein. Das ist aber nicht der Fall, obwohl doch der Ausdruck eines so radikalen und daher so einfach zu formulierenden Prinzips, wenn man es gebilligt hätte, sehr naheliegend gewesen wäre. Unterstützend mag man dann auch noch die von Freund so stark betonte Vorgeschichte des § 113 heranziehen (vgl. oben S. 42). Nicht als ob die Begrenzung des Widerstandsrechts irgendwie maßgebend wäre für die Begrenzung des Beamtengehorsams,

sondern weil bei dieser Gelegenheit sowohl die Regierung wie die Majorität der Volksvertretung sich entschieden gegen das Prinzip des unbegrenzten Prüfungsrechts ausgesprochen haben. Darauf allein kann freilich, wie wir oben (S. 42) betont haben, keine Lösung der Frage gegründet werden. Der Wortlaut der in Frage kommenden Bestimmungen läßt die Auffassung eines unbegrenzten Prüfungsrechts an sich zu. Unser Hauptgrund für die Ablehnung jenes Prinzips ist der, daß es dem Geist unseres preußisch-deutschen Beamtentums in keiner Weise entspricht und mit den Staatsnotwendigkeiten unvereinbar ist.

Was, abgesehen von der Unbegrenztheit des Prüfungsrechts, die Unverbindlichkeit des rechtswidrigen Befehls betrifft, von der heute fast alle auf jenem Standpunkt Stehenden ausgehn, so kann hier nur auf das oben S. 7 ff dagegen bereits prinzipiell Gesagte verwiesen werden. Die gegnerische Ansicht dürfte übrigens meist zurückzuführen sein auf die Konstruktion, daß die auf rechtswidrigen verbindlichen Befehl begangene Handlung vom Staate als gewollt anzunehmen sei — worin dann freilich mit Recht ein unerträglicher Widerspruch gefunden wird. Aber diese Konstruktion ist eben, wie wir wiederholt betonten, unrichtig.

Nach unserer bisherigen Stellungnahme können wir die Lösung des Problems nur finden in einer der Theorien des beschränkten Prüfungsrechts auf der Grundlage, daß der Befehl verbindlich ist, soweit das Prüfungsrecht fehlt oder die Prüfung negativ ausfällt. Unser Standpunkt ist jedoch bereits näher präzisiert. Wir haben oben bei der Besprechung der absoluten Gehorsamstheorien hervorgehoben, daß eine Gehorsamspflicht des Beamten selbst dann, wenn er weiß, daß ihm eine strafbare Handlung anbefohlen wird, keinesfalls mehr unseren heutigen Anschauungen entspricht und auch im Hinblick auf § 47 MStGB als ausgeschlossen gelten muß, wenngleich dort, was meist übersehen wird, die Grenzen des pflichtmäßigen Gehorsams durch das Wort „bezweckt“ noch etwas weiter hinausgerückt sind. (Vgl. unten S. 81) Dieser Einwand muß jedoch, wie wir ebenfalls bereits erwähnten, auch gegen die Laband'sche Theorie in ihrer reinen Form erhoben werden. Wenn Freund (S. 137) meint, dies Bedenken könne „schon durch den Umstand als erledigt betrachtet werden, daß der Beamte die beiderseitige Kompetenz zu prüfen und den Befehl in der vom Gesetz

vorgeschriebenen Weise auszuführen hat", so muß dem entgegengehalten werden, daß es sich nach Laband — und auch nach Freund — um eine Prüfung der Kompetenz in diesem Sinne, der konkreten Kompetenz, nicht handelt und nicht handeln kann, denn diese setzt die materielle Rechtmäßigkeit der Amtshandlung voraus, ihre Prüfung schließt daher eine uneingeschränkte Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit in sich. Da Laband und Freund eine solche aber ausdrücklich ablehnen, kann hier nur die abstrakte Kompetenz in Frage kommen. Soviel ist allerdings zuzugeben, daß, wie eine ganze Reihe von Handlungen überhaupt, so natürlich auch eine ganze Reihe von Delikten bereits aus dem Rahmen der abstrakten Kompetenz herausfallen wird. Es kann sich aber auch eine und dieselbe Handlung je nach der subjektiven Seite beim Befehlenden das eine Mal als rechtmäßiger Amtsakt, das andere Mal als Delikt darstellen. Innerhalb der abstrakten Kompetenz wird eine solche Handlung stets gelegen sein. Die Laband'sche Theorie bedarf daher auf alle Fälle der Einschränkung nach der angedeuteten Richtung hin, wie sie die Vertreter der „modifizierten Laband'schen Theorie" vorgenommen haben.

Ist nun aber die Laband'sche Theorie im Prinzip zu billigen? Meines Erachtens ja. Der Grund hierfür ist der, daß eine Prüfung des Befehls in formaler Beziehung an das Urteilsvermögen der Unterbeamten aller Regel nach keine zu hohen Anforderungen stellt, wennschon nicht verkannt werden soll, daß die Prüfung der Zuständigkeit des Vorgesetzten zuweilen schwierig sein kann. Im allgemeinen muß jedoch gesagt werden, daß man von jedem Beamten die richtige Beantwortung dieser Fragen erwarten kann. Wenn wir unseren Beamten nicht einmal das zutrauen könnten, dann wären Mühe und Kosten auf ihre Ausbildung völlig überflüssig verwendet, dann könnte sich der Staat überhaupt jedes beliebigen Untertanen bedienen, der von dem Amt, das er zu versehen berufen ist, nicht den leisesten Begriff hat. Dann wäre es z. B. nicht nötig, daß ein Gerichtsvollzieher das Wort „Vollstreckungsklausel" je in seinem Leben gehört hätte. Indem der Staat dafür sorgt, daß ihm dieser Begriff bekannt und geläufig wird, verfolgt er den Zweck, ihm einzuprägen: „Ohne Vollstreckungsklausel darf ich nicht vollstrecken!"

Die drei von Laband aufgestellten formellen Punkte ist daher der Beamte nicht nur zu prüfen berechtigt, sondern auch verpflichtet. Hat er einen gegen sie verstoßenden Befehl ausgeführt, so wird er einen Irrtum, auf den er seine Unverantwortlichkeit gründen will, regelmäßig erst beweisen müssen. In materieller Beziehung steht ihm dagegen ein Prüfungsrecht nur in der Richtung zu, ob die befohlene Handlung strafbar ist, und besteht Nichtbindung nur bei erkannter Strafbarkeit. Eine Pflicht zur Prüfung in materieller Hinsicht besteht jedoch überhaupt nicht. Hat er daher einen formell rechtmäßigen Befehl ausgeführt, durch den ein Delikt begangen wurde, so wird regelmäßig Irrtum zu seinen Gunsten anzunehmen sein.

Diese Modifikationen bedürfen noch der Begründung im Einzelnen: Zunächst ist beim Beamten die Verbindlichkeit des Befehls schon durch die Erkenntnis der Strafbarkeit schlechthin ausgeschlossen. Es ist also nicht erforderlich, daß sich die zu begehende Handlung als Verbrechen oder Vergehen qualifiziert, wie beim Soldaten, es genügt eine Übertretung. Auch ist nicht erforderlich die Erkenntnis, daß der Vorgesetzte ein Delikt bezweckte (vgl. § 47 MStGB.), vielmehr genügt das Bewußtsein, daß die Ausführung des Befehls sich als Delikt darstellt. Dabei ist jedoch sehr zu beachten, daß der Fall eines Befehls, der ein vom Befehlenden nicht „bezwecktes" Delikt enthält, nur bei einer „objektlosen" oder „fahrlässigen" Konkretisierung (vgl. oben S. 4) möglich ist. Denn die bloße Tatbestandsmäßigkeit kann den Befehlsinhalt noch nicht zum Delikt machen, die Rechtswidrigkeit des Befehls und damit des Befehlsinhalts muß hinzukommen. Diese aber liegt, wie wir oben gesehen haben, nur im Falle der „objektlosen" und „böswilligen" Konkretisierung vor. Ist letztere aber eine vorsätzliche, so hat eben der Befehlende ein tatbestandsmäßig im Befehl etwa enthaltenes Delikt „bezweckt". Es dürfte ohne weiteres einleuchten, daß derartige spezielle Unterscheidungen, wie sie das Militärstrafgesetzbuch macht, von denen die erste übrigens auch als höchst unglücklich bezeichnet werden muß, ohne positive Gesetzesbestimmung nicht als geltendes Recht angesehen werden können. Zudem dürfte auch die allgemeine Rechtsanschauung dahin gehen, daß der vom Beamten geschuldete Gehorsam weniger intensiv ist, engere Grenzen hat als der militärische Gehorsam.

Ist dies aber der Fall, und steht andererseits ein materielles Prüfungsrecht prinzipiell auch dem Beamten nicht zu, dann bleibt schließlich die oben vorgetragene Lösung die einzig mögliche; die Besonderheiten des Militärrechts können für den Beamten nicht bestehen, andererseits kann aber sein Gehorsam noch viel weniger etwa weitergehen. Sonach müssen wir den Hauptgedanken des § 47 Z. 2 MStGB, aber auch nur ihn, ohne seine dortige spezielle Ausgestaltung, in das Beamtenrecht hinübernehmen.

Wir haben sodann den Beamten für berechtigt, aber nicht für verpflichtet erklärt, die befohlene Handlung auf ihre etwaige Deliktseigenschaft zu prüfen. Dies beruht auf dem ungeschriebenen Rechtsgrundsatz des dienstlichen Vertrauens, der dem Beamtenverhältnis wesentlich ist. Das Beamtenverhältnis erhebt eine Reihe an sich rein ethischer Begriffe und Grundsätze zu Rechtsbegriffen und Rechtsgrundsätzen. — Ich nenne nur den Begriff der Treue. — So kann und darf auch der Beamte auf die höhere Einsicht, das reichere Wissen, erst recht auf den guten Willen seines Vorgesetzten grundsätzlich vertrauen. Damit würde es jedoch nicht im Einklang stehen, wenn man den Beamten *verpflichten* wollte, bei jedem Befehl die Möglichkeit zu erwägen, ob nicht sein Vorgesetzter eine strafbare Handlung begeht. Wenn wir endlich die Gehorsamspflicht des Beamten nur bei klar erkannter Deliktsqualität als aufgehoben ansehen, bei zweifelhafter jedoch als fortbestehend betrachten, insofern also die alte Zweifelstheorie vertreten, so hat dies seinen Grund einmal in der prinzipiellen Versagung des materiellen Prüfungsrechts, von welchem Prinzip nur die durch die allgemeine Rechtsanschauung und indirekt durch die Rechtsordnung (§ 47 MStGB) unumgänglichen Ausnahmen gemacht werden dürfen, und sodann auch wiederum in dem Grundsatz des dienstlichen Vertrauens, der es einem Beamten nicht gestattet, seinen Vorgesetzten einer so schweren Pflichtverletzung, wie es die Erteilung eines deliktischen Befehls ist, zu bezichtigen, ohne vorher die *Gewißheit* erlangt zu haben, daß dieser schlimme Fall wirklich vorliegt.

Das gefundene Ergebnis würde also kurz formuliert so lauten:

Der Reichsbeamte und der preußische Staatsbeamte sind allen Befehlen ihrer vorgesetzten Behörden Gehorsam schuldig, wenn

1. der Befehl von der im Allgemeinen zum Erlaß derartiger Befehle zuständigen Stelle ausgegangen ist,

2. seine Ausführung beim Vorliegen der Voraussetzung zu 1. zu den Amtsgeschäften des untergebenen Beamten gehört,

3. der Befehl in vorschriftsmäßiger Form erlassen ist,

es sei denn, daß die Ausführung des Befehls sich als Begehung einer strafbaren Handlung darstellen würde und der Untergebene dies erkennt. Zur Prüfung eines den Voraussetzungen zu 1—3 entsprechenden Befehls ist der Untergebene jedoch nicht verpflichtet.

Diese Beantwortung der so überaus wichtigen Frage, deren ausdrückliche Entscheidung der Gesetzgeber leider unterlassen hat, stellt m. E. das geltende Recht dar, wie es sich aus sorgfältiger Abwägung aller einschlägigen allgemeinen Gesichtspunkte ergibt. Daß sie meinem persönlichen Ideal einer Regelung der Frage de lege ferenda keineswegs voll entspricht, wird unten ersichtlich werden.

bb) In Bayern.

Für das Königreich Bayern bestimmt Art. 11 des Beamtengesetzes vom 8. September 1908 Gesetz- und Verordnungsblatt S. 581 ff.: „Der Beamte hat alle Obliegenheiten des ihm übertragenen Amtes den Gesetzen, Verordnungen und Dienstvorschriften entsprechend gewissenhaft wahrzunehmen und sich durch sein Verhalten in und außer dem Amte der Achtung, die sein Beruf erfordert, würdig zu erzeigen." Ferner bestimmt Art. 12 Abs. I daselbst: „Der Beamte hat den Dienstbefehlen seiner Vorgesetzten zu gehorchen. Soweit er im Vollzug eines Dienstbefehls handelt, trifft die dienstliche Verantwortung den anordnenden Vorgesetzten".

§ 11 ist offensichtlich in Anlehnung an § 10 des RBG entstanden. Was wir oben S. 37 zu diesem bemerkt haben, gilt hier umsomehr, als der § 11 Bayr. BG ausdrücklich auch die „Dienstvorschriften" als Normen erwähnt, denen der Beamte zu entsprechen habe. § 12 statuiert eine Gehorsamspflicht nur gegenüber „Dienstbefehlen". Damit ist, da nach feststehender Terminologie nur formell rechtmäßige Befehle „Dienstbefehle" sein können, Prüfungsrecht und Prüfungspflicht des Untergebenen in diesen Fällen gesetzlich statuiert. Ein Recht zu irgend welcher materiellen

Prüfung folgt zwar aus dem Ausdruck „Dienstbefehl“ an sich noch nicht. (Nach § 47 RMStGB gibt es „rechtwidrige Befehle in Dienstsachen“, vgl. unten S. 76. Indes ist § 12 doch nicht präzis genug gefaßt, um ein solches absolut auszuschließen. Es wird daher anzunehmen sein, daß ebenso wie im Reich und in Preußen der Beamte bei klar erkannter Deliktsqualität des Befehls zum Gehorsam nicht verpflichtet ist. (Ebenso v. Sutner, § 12 Note 1 Abs. 4.)

cc) In Sachsen.

Für Sachsen bestimmt § 7 Abs. 3 des Gesetzes, die Verhältnisse der Zivilstaatsdiener betreffend, vom 7. März 1835: „Die dem Staatsdiener obliegende Beobachtung der Staatsverfassung berechtigt keinen Diener, die Anordnungen seines Vorgesetzten, deren Übereinstimmung mit der Verfassung und den Gesetzen ihm zweifelhaft dünkt, bei Seite zetzen: Vielmehr hat er denselben ohne Verzug nachzugehen, und es bleibt ihm unbenommen, sein diesfallsiges Bedenken der vorgesetzten Behörde anzuzeigen. Er kann daher solchenfalls wegen Befolgung der Anordnung nicht zur Verantwortung gezogen werden, vielmehr trifft die Verantwortung denjenigen, der die Anordnung erteilt hat.“ Also: Zweifelstheorie mit Remonstrationsrecht. Eine Pflicht zur Remonstration kann mit den Worten „Es bleibt ihm unbenommen“ nicht wohl ausgedrückt sein. Man kann also nicht sagen, wie es zuweilen geschieht, daß hier die Remonstrationstheorie zum gesetzlichen Ausdruck gelangt sei. Denn diese verpflichtet ja zur Remonstration und erst nach Erfüllung dieser Pflicht ist der Untergebene gegen jede Verantwortung gedeckt. Daß wir es dagegen hier tatsächlich mit einer Kodifizierung der alten Zweifelstheorie zu tun haben, dafür spricht zunächst der Wortlaut. Das Gesetz spricht nur von „zweifelhafter“ Übereinstimmung mit Verfassung und Gesetzen und bestimmt, daß der Beamte den Befehl solchenfalls nicht „bei Seite setzen“ darf. Durch diese Fassung ist der Gegensatz zu solchen Befehlen einerseits, deren Übereinstimung mit Verfassung und Gesetzen zweifellos ist, und andrerseits zu solchen, deren Nichtübereinstimmung mit Verfassung und Gesetzen keinem Zweifel unterliegt, gegeben. Ersteren Falles ist die Verbindlichkeit des Befehls selbstverständlich, andernfalls muß man annehmen, daß er „bei Seite gesetzt“ werden kann. Dazu kommt die Vorgeschichte des Paragraphen.

Im Entwurf hieß es nämlich nicht: „Er kann daher solchenfalls wegen Befolgung der Anordnung nicht zur Verantwortung gezogen werden", sondern: „Er kann jedoch . . . ," usw. Statt dessen wurden die Worte „daher solchenfalls" eingesetzt auf Wunsch der Stände, „damit die Meinung, daß bei offenbarer Kollision der Vorzug der Verfassung gebühre, wenigstens angedeutet werde". (Vgl. Otto Mayer, Staatsrecht des Königsreichs Sachsen S. 238 n. 23). Es sollte also pointiert auf den vorhergehenden Wortlaut hingewiesen werden. Endlich wird diese Auffassung auch bestätigt durch Art. 94 des sächsischen StGB von 1855,[1]) der zur Ergänzung dieser Vorschrift herangezogen werden muß: „Der Befehl eines Vorgesetzten kommt dem Untergebenen insofern zustatten, daß er wegen einer in Gemäßheit desselben vorgenommenen Handlung, auch wenn sie etwas Gesetzwidriges enthält, nicht bestraft werden kann, dafern der Vorgesetzte an und für sich zu der Anordnung dieser Handlung berechtigt war, und die Gesetzwidrigkeit des Befehls nicht sofort ins Auge fiel". Hier ist die Kompetenz des Vorgesetzten als ausdrückliche Bedingung der Unverantwortlichkeit des Untergebenen aufgestellt. In diesem Punkt gibt Art. 94 StGB abweichend von § 7 Abs. 3 des Gesetzes von 1835 die Zweifelstheorie auf, insofern der Untergebene bei zweifelhafter Kompetenz dann nicht gebunden sein kann. Im übrigen spricht er mit den Worten: „Wenn sie etwas Gesetzwidriges enthält" wohl nur von der materiellen Seite der Handlung.

So ergibt sich zwanglos die Auslegung dahin, daß sich das Prinzip der Gehorsamspflicht nur aus beiden Vorschriften zusammen entnehmen läßt, daß also Art. 94 StGB als eine Ergänzung des § 7 Abs. 3 des Gesetzes von 1835 aufzufassen und daher dieser durch jenen zu interpretieren ist. Dabei ergibt sich, daß in der Tat unsere Auffassung des § 7 Abs. 3 als einer Kodifizierung der Zweifelstheorie durch Art. 94 hinsichtlich der materiellen Seite ausdrücklich bestätigt, hinsichtlich der formellen aber mit Ausnahme des erwähnten einen Punktes mindestens nicht widerlegt wird. Der aus den beiden Bestimmungen zu entnehmende Grundsatz geht also dahin, daß der Beamte bei eigener Verantwortlichkeit die abstrakte Zuständigkeit des Vorgesetzten zu prüfen hat, im übrigen jedoch nur bei klar erkannter Rechtswidrigkeit des Befehls, sei

[1]) Revidiert — ohne Änderung in diesem Punkt — 1868.

es in formeller oder sei es in materieller Beziehung, den Gehorsam verweigern darf. Es ist jedoch zu beachten, daß das hier gewährte materielle „Prüfungsrecht“ ein eigenartig beschränktes, nicht im Umfang seines Objekts, wohl aber in der Art seiner Ausübung ist. Die Gesetzwidrigkeit muß „sofort ins Auge fallen“. Damit ist zwar ein „Prüfungsrecht“ nicht verneint, denn jeder kritische Denkvorgang, mag er sich noch so spontan und noch so schnell vollziehen, ist eben eine „Prüfung.“ Aber wenn wir gemeinhin von Prüfungsrecht sprechen, verstehen wir darunter doch etwas anderes. Wir meinen dann ein Recht, den Befehl zum Gegenstande einer Überlegung zu machen, das rechtliche Für und Wider abzuwägen. Diese Überlegung ist aber hier dem Untergebenen ausdrücklich untersagt. Er handelt pflichtwidrig, wenn er sie vornimmt. Nur wo sich der Denkvorgang mit dem zweifelsfreien Resultat: „Diese Handlung ist materiell rechtswidrig!“ gewissermaßen automatisch vollzieht in demselben Augenblick, in dem der Untergebene den Befehl erhält, da hört für ihn die Gehorsamspflicht auf. Wo das nicht der Fall ist, da hat er, wenn sich nicht bei der formellen Prüfung die Unverbindlichkeit nach den oben wiedergegebenen Grundsätzen ergibt, den Befehl unbedenklich zu vollziehen.

So war die Rechtslage zur Zeit der Reichsgründung, und sie ist durch die Landesgesetzgebung bis heute nicht geändert. Ist nun aber durch Reichsrecht hier eine Änderung eingetreten? Dies wird in verschiedener Weise behauptet. Nach Freund (S. 143) ist durch das angeblich in § 113 RStGB enthaltene Prinzip jede etwa abweichende Regelung eines einzelstaatlichen Gesetzes ausser Kraft getreten. Nach Loening (S. 123) sind die landesrechtlichen Vorschriften nur insoweit in Kraft geblieben, als es sich um die Verletzung eines Landesgesetzes handelt, denn das Landesrecht könne „niemanden, auch nicht einen Beamten, von der Pflicht, die Reichsgesetze zu beobachten, befreien“. Ihm hat sich mutatis mutandis (da er seine grundsätzliche Anschauung der Unverbindlichkeit jedes rechtswidrigen Befehls auch hier festhält) auch M. E. Mayer (S. 138) angeschlossen.

Mit der Freund'schen Ansicht haben wir uns schon oben (S. 41 f) beschäftigt. Ihre Unhaltbarkeit dürfte auf der Hand liegen. Gegen die Ansicht Loenings bemerkt m. E. von Seydel (Bayrisches Staats-

recht, Bd. II S. 235 Note 17) mit Recht, „daß jener Satz die hier erörterte Frage nicht trifft. Denn es handelt sich darum, wessen Ansicht darüber entscheiden soll, was das Gesetz, sei es nun Reichs- oder Landesgesetz, darüber bestimmt; ob die Ansicht des Vorgesetzten oder die des Untergebenen.“ Zudem ist zu bemerken, daß insbesondere aus dem Umstand, daß das Reichsstrafgesetzbuch eine dem Artikel 94 des sächsischen Strafgesetzbuchs analoge Bestimmung nicht enthält, kein Schluß gezogen werden kann. Denn es handelt sich hier um eine staats- bzw. verwaltungsrechtliche Bestimmung, die an und für sich in ein Strafgesetzbuch nicht hineingehört, und der Umstand, daß viele Strafgesetzbücher, so auch das sächsische, aus Zweckmäßigkeitsgründen wegen ihrer strafrechtlichen Konsequenzen sie aufgenommen haben, kann daran nichts ändern. (Vgl. übrigens auch unten S. 60).

Wir müssen daher zu dem Satz gelangen, daß die oben entwickelten Rechtssätze im Königreich Sachsen auch heute noch in voller Kraft sind, ganz gleich, ob es sich um eventuelle Verletzung eines Reichs- oder Landesgesetzes handelt. (A. M. außer den bereits Genannten Otto Mayer, Staatsrecht des Königreichs Sachsen, Tüb. 1909, S. 238 und Note 24 das.)

Zu beachten ist übrigens noch, daß die Gegner meist auf dem m. E. unrichtigen Standpunkt stehen, § 7 Abs. 3 vertrete die reine Remonstrationstheorie, und Art. 94 des sächsischen StGB überhaupt nicht berücksichtigen. Das Resultat, zu dem wir oben gelangt sind, unterscheidet sich gar nicht so sehr vom Reichsrecht.

dd) In Württemberg.

Es wird sich auch hier empfehlen, wenn wir uns zunächst den Rechtszustand, wie er zur Zeit der Reichsgründung war, vergegenwärtigen.

Es kommt hier Art. 403 des württembergischen Strafgesetzbuchs von 1839 in Verbindung mit § 53 der württembergischen Verfassung in Frage. Und zwar enthält letztere das Prinzip, dem gegenüber sich Art. 403 württ. StGB als Einschränkung darstellt. § 53 der württ. Verfassung bestimmt:

„Auf gleiche Weise[1]) sind auch die übrigen Staatsdiener und Behörden in ihrem Geschäftskreise verantwortlich; sie haben bei eigener

[1]) scil. wie die Minister und Departementschefs, von denen §§ 51, 52 handeln.

Verantwortlichkeit nur die ihnen von den geeigneten Stellen in der ordnungsmäßigen Form zu kommenden Anweisungen zu beobachten."

„Sind sie im Zweifel, ob die Stelle, die ihnen einen Auftrag erteilte, dazu kompetent sei, so haben sie darüber bei ihrer vorgesetzten Behörde anzufragen, sowie ihnen auch obliegt, wenn sie bei dem Inhalt einer höheren Verfügung Anstände finden, solche auf geziemde Weise und unter Vermeidung jeder nachteiligen Verzögerung der verfügenden Stelle vorzutragen, im Falle eines beharrenden Bescheids aber die Verfügung zu befolgen."

Hier haben wir also die reine Remonstrationstheorie, denn die in Abs. I statuierte „eigene Verantwortlichkeit" für die Zuständigkeit des Befehlenden und die ordnungsmäßige Befehlsform wird durch die Vorschrift des Abs. II paralysiert. (Ebenso Göz, S. 181.)

Dieses Prinzip ist jedoch wesentlich modifiziert durch den genannten Art. 403 StGB: „Haben Staatsbeamte oder öffentliche Behörden ihren untergebenen Beamten, Dienern, oder untergeordneten Behörden in Verhältnissen, wo sie zu gehorchen schuldig sind, eine Handlung befohlen, welche bloß als Mißbrauch der Amtsgewalt, Überschreitung der Amtsbefugnisse oder Verletzung der Amtspflichten strafbar ist, so wird nur der befehlende Teil verantwortlich, sofern der gehorchende der Vorschrift des § 53 der Verfassungsurkunde nachgekommen ist." Es ist also die Unverbindlichkeit aller Befehle ausgesprochen, die ein Delikt enthalten; ausgenommen hiervon sind nur die Delikte, die „bloß" einen Mißbrauch der Amtsgewalt usw. darstellen, also die reinen Beamtendelikte. Da der Beamte für die Begehung eines nicht unter diese Gruppe fallenden Delikts schlechterdings selbst verantwortlich ist, hat er insoweit Prüfungsrecht und Prüfungspflicht, und es ist der Befehl nicht nur bei feststehender, sondern schon bei zweifelhafter Deliktsqualität unverbindlich. Soweit dagegen nur ein reines Beamtendelikt in Frage kommen kann, gilt die Remonstrationstheorie. (Freilich nur in „Verhältnissen, wo sie zu gehorchen schuldig sind." Dieser Zusatz kann sich jedoch nur auf solche Beamte beziehen, die in gewissen Verhältnissen unabhängig, also überhaupt nicht „zu gehorchen schuldig sind", d. h. auf richterliche Beamte bei Ausübung der Rechtspflege. Wollte man ihn anders verstehen, so könnte damit nur die beiderseitige Zuständigkeit gemeint sein, die Frage nach dieser soll ja aber nach dem klaren Wortlaut der

Verfassung im § 53 Abs. II nach dem Prinzip der Remonstrationstheorie entschieden werden.)

So war die Rechtslage zur Zeit der Reichsgründung. (Ebenso v. Mohl, Bd. I S. 775 f.) Auch hier haben wir uns naturgemäß mit der Frage zu beschäftigen, ob durch die neuere Gesetzgebung in diesem Rechtszustand eine Änderung eingetreten ist. Jedenfalls ist durch Landesrecht eine Modifikation insofern eingetreten, als Art. 1 des württembergischen Gesetzes vom 26. Dezember 1871 (Reg. Bl. S. 380 ff) das Strafgesetzbuch von 1839, auch insoweit es Materien betrifft, die nicht Gegenstand des Reichsstrafgesetzbuchs sind, und damit auch den Art. 403 außer Kraft gesetzt hat. Siehe auch v. Sarwey II, 291 f, Göz S. 182.

Bezüglich des Reichsrechts könnten wir uns mit einer Verweisung auf das zum sächsischen Recht Gesagte begnügen, da im Wesentlichen dieselben Behauptungen von denselben Gegnern aufgestellt werden. Nun hat aber das württembergische Landesrecht selbst eine Bestimmung erlassen, deren Autoren offenbar den von uns zurückgewiesenen Standpunkt einnehmen und dies auch in einer Parenthese im Gesetz zum Ausdruck bringen. Art. 4 des württembergischen Gesetzes, betreffend die Rechtsverhältnisse der Staatsbeamten sowie der Angestellten an den Latein- und Realschulen, vom 28. Juni 1876 (Regierungsblatt S. 211 ff) bestimmt nämlich:

„Jeder Beamte ist verpflichtet, das ihm übertragene Amt der Verfassung und den Gesetzen entsprechend wahrzunehmen und durch sein Verhalten in und außer dem Amte der Achtung, die sein Beruf erfordert, sich würdig zu zeigen.

Für die Verantwortlichkeit der Beamten bleiben die Bestimmungen der §§ 51 bis 53 der Verfassungsurkunde (vgl. übrigens insbesondere § 113 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich) maßgebend". [1])

Es fragt sich: Hat hiermit das württembergische Landesrecht selbst noch ausser der Aufhebung des Art. 403 eine Änderung des bestehenden Rechtszustandes herbeigeführt, die durch das Reichsrecht, wie wir gesehen haben, nicht eingetreten ist? Rein äußer-

[1]) Durch die Fassung des Beamtengesetzes in der Bekanntmachung des Staatsministeriums vom 1. Oktober 1912 (Reg. Bl. S. 715) ist hieran nichts geändert worden.

lich enthält die Parenthese nichts als eine Verweisung. Aus den Umständen jedoch ergibt sich, daß dieser Verweisung offenbar der Gedanke zu Grunde liegt, daß der angezogene § 113 das württembergische Landesrecht irgendwie beeinflusse. So stellt sich die Parenthese sachlich als eine Interpretation des § 113 dar, freilich als eine sehr unvollkommene. Mit Sicherheit ist daraus nur zu entnehmen, daß nach Ansicht des württembergischen Gesetzgebers § 113 RStGB auf die Verantwortlichkeit und damit auf die Gehorsamspflicht des württembergischen Beamten von Einfluß ist. Welcher Art soll nun aber dieser Einfluß sein? Auf dem Standpunkt der Freund'schen Theorie (die übrigens 10 Jahre jünger ist als das württembergische Beamtengesetz) steht der Art. 4 offenbar nicht, wenngleich ihre Gedanken teilweise anklingen (Vgl. oben S. 42), denn prinzipiell ist ja das alte Recht aufrecht erhalten. Jedenfalls aber steht der württembergische Gesetzgeber auf dem Standpunkt, daß in § 113 StGB ein fester, für das Landesrecht bedeutsamer Begriff der rechtmäßigen Amtsausübung enthalten ist. Diese Auslegung ist jedoch unzutreffend. § 113 StGB ist in dieser Hinsicht ein reines Blankett, das der Ausfüllung durch andere, besonders auch landesrechtliche Bestimmungen bedarf (S. oben S. 42.) Nach der Auslegung, die Göz (S. 180 ff) der Parenthese in Art. 4 des Beamtengesetzes gibt, würden sich die seltsamsten praktischen Konsequenzen ergeben. Das genannte Werk sagt nämlich:

„Damit ist — und die Erklärungen der Regierung vor den Ständen lassen hierüber keinen Zweifel zu — das ganze frühere Recht der Verfassungsurkunde aufrecht erhalten, wenn nicht im einzelnen Falle die Anwendung des § 113 zu einem andern Resultate führt.

Soweit nämlich der einzelne Beamte gegen den Widerstand durch das StGB nicht geschützt ist, soll ihm allerdings fernerhin die Pflicht zum Gehorsam gegen die Weisung der vorgesetzten Behörde nicht mehr zugemutet werden. Der zufällige Umstand, ob ein Widerstand in Frage steht, soll also den Umfang der Gehorsamspflicht bestimmen, sodaß für Unterlassungen ein anderes Recht gilt als für Handlungen und für Handlungen hinwiederum, je nachdem Widerstand in Frage steht oder nicht."

Das wäre in der Tat seltsam genug; denn wenn man schon die Gehorsamspflicht von dem tatsächlich angetroffenen Widerstand

abhängig machen will, dann darf man konsequenterweise nicht bei der Frage stehen bleiben, ob einer da ist, der Widerstand zu leisten berechtigt wäre, sondern muß die Unterscheidung weiter darauf abstellen, ob der Betreffende auch Widerstand leisten kann und will. Dann würde sich also die Gehorsamspflicht des Beamten schließlich danach richten, ob er einem kräftigen Mann oder einem gebrechlichen, alten Weiblein, einem friedlichen oder hitzigen Menschen gegenüber steht — ein ungemein erheiternd wirkendes Ergebnis!

Aber selbst wenn diese Auslegung der Parenthese zutrifft, so bleiben doch diese Konsequenzen vermieden, denn die Interpretation des § 113 in der Parenthese — nur um eine Interpretation handelt es sich, wie wir gesehen haben, eine selbständige Rechtsänderung will Art. 4 des Beamtengesetzes nicht vornehmen — ist in keiner Weise maßgebend. (A. M. Göz a. a. O.) Und zwar aus dem Grund, weil ein Landesgesetz niemals ein Reichsgesetz authentisch interpretieren kann, denn dies würde gegen Art. 2 Satz 1 der Reichsverfassung verstoßen, wonach die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen. (So Haenel, I S. 252). Der Sinn des Art. 2 RV kann nur der sein, daß das Reichsgesetz so, wie es ist, d. h. richtig interpretiert, den Landesgesetzen vorgehe. Dafür, daß die Interpretation seitens des Landesrechts richtig ist, besteht jedoch keinerlei Gewähr. Man wende hier nicht ein, dies vertrage sich nicht mit unserer — oben S. 57 f. — von Seydel übernommenen Ansicht, und wir wollten einem Bundesstaat versagen, was wir einem Einzelindividuum, dem befehlenden Beamten, gewährten. Beides läßt sich gar nicht miteinander vergleichen. Dort handelt es sich um eine Interpretation des Gesetzes zum Zwecke seiner Konkretisierung, also eine Interpretation, die sich auf einen einzelnen Fall beschränkt. Daß zu dieser auch der Landesbeamte befugt ist, kann nicht zweifelhaft sein, und es fragte sich oben nur, ob die Ansicht des Vorgesetzten oder des untergebenen Beamten maßgebend sein sollte. Hier aber handelt es sich um eine allgemeine Auslegung des Gesetzeswillens, die Bestandteil des Gesetzes selbst werden soll, und zu einem Reichsgesetz irgend etwas zuzusetzen, oder etwas daran abzuändern, dazu ist allerdings kein Bundesstaat befugt. Eine solche Interpretation kann daher nur soviel Geltung beanspruchen, als ihr nach

ihrem wissenschaftlichen Werte zukommt, niemals aber maßgebend sein. Und was von dem wissenschaftlichen Wert dieser Interpretation zu halten ist, dürfte wohl klar sein (s. o.) Insbesondere aber sei nochmals auf unsere Ausführungen auf S. 43 verwiesen. In der „rechtmäßigen Ausübung seines Amtes" befindet sich der württembergische Beamte auch im Sinne des § 113 RStGB dann und nur dann, wenn er den einschlägigen Bestimmungen des württembergischen Rechtes voll und ganz nachkommt.

Wir gelangen sonach auch hier zu dem Schluß, daß an dem Grundsatz, der sich aus § 53 der württembergischen Verfassung ergibt, durch die Reichsgesetzgebung nichts geändert ist, und ebensowenig durch Art. 4 des württembergischen Beamtengesetzes.

2. Einzelne Beamtenklassen insbesondere.

Wir werden im folgenden noch einige Klassen von Beamten gesondert zu betrachten haben, bezüglich deren Abweichungen von den bisher dargestellten Grundsätzen entweder wirklich bestehen oder eventuell denkbar wären. Da die betreffenden Sondernormen jedoch, auch soweit sie für Landesbeamte gelten, durchweg auf Reichsrecht beruhen, oder — in einem Falle — allgemeines Staatsrecht darstellen, so brauchen wir im folgenden einen Unterschied zwischen Reichs- und Landesbeamten nicht zu machen.

aa) Minister.

Um mit dem zuletzt angedeuteten Sonderfall zu beginnen: Da nach allgemeinem Staatsrecht das Staatsoberhaupt grundsätzlich von jeder Verantwortung frei bleibt, haben die Minister nicht nur für ihre eigenen Amtshandlungen, sondern auch für die an sie ergehenden Anordnungen des einzigen „Vorgesetzten", den sie haben, nämlich des Staatsoberhauptes, die Verantwortung zu tragen. Allerdings geht ihre Verantwortlichkeit über den Kreis der direkt an sie ergehenden Anordnungen bedeutend hinaus, doch interessiert uns das in diesem Zusammhang nicht. Die Verantwortlichkeit, die sie für die Befehle des Staatsoberhauptes zu tragen haben, entsteht jedoch erst mit ihrer Gegenzeichnung. Diese ist somit Voraussetzung für die Verbindlichkeit eines Befehls des Staatsoberhauptes. Ob die Minister sie erteilen wollen, steht jedoch lediglich bei ihnen. M. a. Worten, ohne ihren eigenen Willen, der in dieser Beziehung durch keinerlei rechtliche Schranken gebunden

ist, kann kein Befehl für sie verbindlich werden. In diesem Sinne kann man sagen, daß eine Gehorsamspflicht der Minister überhaupt nicht besteht. Folgeweise können sie sich wegen einer von ihnen begangenen Rechtswidrigkeit, mag sich diese als strafbare Handlung darstellen oder nicht, niemals auf einen verbindlichen Befehl des Staatsoberhauptes berufen, denn es stand ja vollständig bei ihnen, den rechtswidrigen Befehl nicht verbindlich werden zu lassen.

Ausgenommen hiervon sind natürlich diejenigen Anordnungen des Herrschers, die hergebrachtermaßen nicht als „Regierungshandlungen" angesehen werden und daher keiner Gegenzeichnung bedürfen: Also die Akte der militärischen Kommandogewalt und des Summepiskopats der evangelischen Landeskirche.

bb) Richter.

Eine Sonderstellung nehmen ferner die Richter ein. (Wir sprechen im folgenden zunächst nur von den richterlichen Zivilbeamten.) Zwar gelten auch für sie, soweit sie auf dem Gebiete der Justizverwaltung tätig werden, die oben entwickelten allgemeinen Grundsätze, ihre Gehorsamspflicht gestaltet sich insofern also verschieden, je nachdem sie Reichs- oder Landesbeamte sind. Im übrigen jedoch haben sie überhaupt keinen Vorgesetzten, können also auch niemals einen verbindlichen Befehl empfangen, da sie nach § 1 GVG nur dem Gesetz unterworfen sind. Zwar können Entscheidungen höherer Gerichte für untere Gerichte (§ 565 II CPO, § 398 I StPO) maßgebend sein, wie auch umgekehrt (§§ 561, 562 CPO) Diese Fälle gehören jedoch nicht hierher, da es sich bei diesen Entscheidungen nicht um „Befehle" handelt. Nur für die Vollstreckungsbehörden können sich gerichtliche Entscheidungen als „Befehl" darstellen. Für richterliche Behörden aber niemals, da die genannten Fälle von Entscheidungen diesen gegenüber das wesentliche Begriffsmerkmal des Befehls, einen Imperativ, nicht enthalten.

cc) Staatsanwaltschaftliche Beamte.

Eine ebenso wichtige wie bestrittene Frage ist die nach den Grenzen der Gehorsamspflicht bei den Beamten der Staatsanwaltschaft. Hier hat das Reichsrecht eine einheitliche Bestimmung getroffen in § 147 GVG:

„Die Beamten der Staatsanwaltschaft haben den dienstlichen Anweisungen ihres Vorgesetzten nachzukommen.

In denjenigen Sachen, in welchen das Reichsgericht in erster und letzter Instanz zuständig ist, haben alle Beamten der Staatsanwaltschaft den Anweisungen des Oberreichsanwalts Folge zu leisten."

Daß es sich hierbei um eine die landesrechtlichen Vorschriften über den Beamtengehorsam ausschließende Bestimmung handelt, ergibt sich m. E. mit Sicherheit daraus, daß das Landesrecht unmöglich maßgebend sein kann für den einem Reichsbeamten — dem Oberreichsanwalt — geschuldeten Gehorsam, daß aber andrerseits § 147 eine vom Normalfall abweichende Begrenzung der Gehorsamspflicht in diesem Falle offenbar nicht geben will. Nach der Fassung des Paragraphen besteht m. E. kein Grund, eine Abweichung von den im allgemeinen für Reichsbeamte geltenden Grundsätzen anzunehmen. Der Staatsanwalt ist also bei klar erkannter Deliktsqualität des ihm gewordenen Befehls zum Gehorsam nicht verpflichtet. Doch wird dieser Fall meist nur bei „vorsätzlich böswilliger Konkretisierung" seitens des Befehlenden vorliegen, (vgl. oben S. 4), namentlich was die wichtigsten Amtshandlungen der Staatsanwaltschaft, die Erhebung und Unterlassung einer Anklage, betrifft. (Vgl. §§ 344, 346, auch 341—343, 345 StGB). Hierüber dürfte auch kaum ein Zweifel herrschen, wenigstens wird, soweit ich sehe, eine Beschränkung der Gehorsamspflicht insoweit nirgends ausdrücklich geleugnet.[1]) Dem bestehenden Meinungsstreit liegt vielmehr § 152 StPO zu Grunde, der das sogenannte Legalitätsprinzip ausspricht und zwar in folgender Fassung:

> „Zur Erhebung der öffentlichen Klage ist die Staatsanwaltschaft berufen.
>
> Dieselbe ist, soweit nicht gesetzlich ein Anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen."

Es fragt sich: Wird hier jedem Beamten der Staatsanwaltschaft eine selbständige Verantwortung auferlegt, sodaß für das Einschrei-

1) Freilich reden manche Autoren ganz allgemein von bindender Gehorsamspflicht. So v. Liszt § 35 II 1, Rosenfeld S. 54. Vgl. aber im Sinn des oben Entwickelten auch Coenders in Z 35, 879 Anm. 8.

ten oder Nichteinschreiten wegen einer strafbaren Handlung lediglich seine pflichtmäßige Überzeugung, ob eine solche vorliegt, maßgebend sein soll, der § 147 GVG also durch § 152 StPO einschränkend auszulegen wäre? Es steht hier eine Einschränkung der Gehorsamspflicht über das oben Gesagte hinaus in Frage. Auch wenn der Befehl nicht rechtswidrig in dem oben S. 4 f angenommenen Sinn ist, besteht bei Bejahung der Kontroverse eine Möglichkeit der Bestrafung des Untergebenen nach § 346 StGB, weil dann lediglich sein eigenes Ermessen entscheidet. So Bennecke-Beling, S. 275; v. Hippel, Der Entwurf einer Strafprozeßordnung in der Zeitschrift „Schwurgerichte und Schöffengerichte" Bd. II Heft 1 S.31. A. M. Rosenfeld, Reichsstrafprozeß S. 54 und n 2 daselbst; Loewe § 152 n 8; v. Liszt in DJZ 6, 180; Olshausen § 346 n 3; Girginoff S. 60 Anm. 2.

Die letztere, eine Beschränkung der Gehorsamspflicht in diesem Sinne verwerfende Ansicht dürfte die richtige sein. § 152 II StPO stellt nur eine allgemeine strafprozessuale Maxime auf, er statuiert als Regel das Legalitätsprinzip im Gegensatz zum Opportunitätsprinzip. Er will aber nichts ändern an der durch § 147 GVG festgelegten Organisation der Staatsanwaltschaft. Er hat die „Staatsanwaltschaft" im Auge, nicht „die Beamten der Staatsanwaltschaft", wie § 147 GVG. Aber selbst wenn man diese Konstruktion nicht zu grunde legen, § 152 II StPO also verstehen will, kommt man zu demselben Ergebnis. Denn nach § 152 II StPO gilt das Legalitätsprinzip nur insoweit, als „nicht gesetzlich ein Anderes bestimmt ist." In § 147 GVG ist dann aber ein anderes bestimmt, insofern dort gesagt ist, daß der Staatsanwalt den dienstlichen Weisungen seiner Vorgesetzten Folge zu leisten habe.

dd) Militärbeamte.

Die Militärbeamten gehören nach § 4 MStGB zwar zu den „Militärpersonen", nicht jedoch zu den „Personen des Soldatenstandes". Sie sind zwar der militärischen Gerichtsbarkeit nach § 1 Z. 1 MStGO schlechthin, den Militärstrafgesetzen jedoch nur in beschränktem Umfang unterworfen, da sie eben, wenn auch zum Heere gehörig, doch nicht Soldaten, sondern Beamte sind. (Und zwar sog. „mittelbare Reichsbeamte", d. h. Landesbeamte, auf die aber nach § 1 RBG das Reichsbeamtengesetz Anwendung findet. Vgl. v. Nostitz-Wallwitz S. 11, Laband 4, 205.) Im Felde finden

jedoch die Militärgesetze in erweitertem Maße auf sie Anwendung. So gestaltet sich auch ihre Gehorsamspflicht verschieden, je nachdem sie „im Felde stehen“ oder nicht. (Über die nähere Begrenzung des Begriffs „im Felde“ vgl. v. Nostitz-Wallwitz S. 12).

Im ersten Falle schulden sie den im § 47 MStGB normierten militärischen Gehorsam, ebenso wie die Personen des Soldatenstandes. Es gilt also insoweit auch für sie alles unten S. 68 ff Gesagte. Andernfalls gelten für sie die allgemeinen, für Beamte maßgebenden Grundsätze. So auch v. Nostitz-Wallwitz S. 11.) Es geht dies aus dem Zweiten Titel des Zweiten Teils des Militärstrafgesetzbuchs hervor. Dieser trägt die Überschrift: „Militärische Verbrechen und Vergehen der Militärbeamten“ und umfaßt die im Folgenden wiedergegebenen §§ 153 und 154. § 153: „Ein Militärbeamter, welcher sich im Felde einer der in dem ersten bis dritten, dem sechsten und achten Abschnitt des ersten Titels bezeichneten strafbaren Handlungen schuldig macht, wird nach den daselbst für Personen des Soldatenstandes gegebenen Bestimmungen bestraft; statt auf Versetzung in die zweite Klasse des Soldatenstandes ist auf Amtsverlust zu erkennen.“ § 154: „Andere Pflichtverletzungen der Militärbeamten sind nach den allgemeinen, für Beamte geltenden Vorschriften zu beurteilen.“

Der im § 153 erwähnte „Sechste Abschnitt des ersten Titels“ umfaßt die „Strafbaren Handlungen gegen die Pflichten der militärischen Unterordnung“, also die verschiedenen Fälle einer Verletzung der im § 47 MStGB normierten militärischen Gehorsamspflicht. Die Nichtleistung des schuldigen Gehorsams durch einen Militärbeamten, der nicht im Felde steht, fällt also unter die „anderen Pflichtverletzungen“, die nach § 154 MStGB dem allgemeinen Beamtenrecht unterliegen. Das Gesagte gilt prinzipiell auch für die richterlichen Militärbeamten. Jedoch gelten für sie in zwiefacher Richtung Ausnahmebestimmungen, denen allerdings faktisch fast das gesamte Gebiet ihrer Amtstätigkeit unterliegt. Erstens: Soweit sie als Richter bei den erkennenden Gerichten mitwirken, sind sie gemäß §§ 18, 97 Abs. I MStGO ebenso wie die richterlichen Zivilbeamten unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Darüber hinaus jedoch — das ist die zweite Ausnahme — sind sie auch in ihrer richterlichen Tätigkeit nicht unabhängig, sondern haben nach § 97 „den Weisungen des Gerichtsherrn Folge

zu leisten", und zwar ist das Gesetz bezüglich ihrer Gehorsamspflicht speziell diesem gegenüber dem Prinzip der Remonstrationstheorie gefolgt. § 97 Abs. II und III MStGO bestimmt hierüber:

„Die im Laufe des Verfahrens ergehenden Entscheidungen und Verfügungen des Gerichtsherrn sind, soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt, außer von diesem auch von einem anderen Militärjustizbeamten zu unterzeichnen. Letzterer übernimmt dadurch die Mitverantwortlichkeit für die Gesetzlichkeit.

Hält der Militärjustizbeamte eine Weisung, Verfügung oder Entscheidung mit den Gesetzen oder den sonst maßgebenden Vorschriften nicht vereinbar, so hat er dagegen Vorstellung zu erheben. Bleibt diese erfolglos, so hat er der Weisung des Gerichtsherrn, welcher alsdann allein die Verantwortung trägt, zu entsprechen, den Hergang jedoch aktenkundig zu machen. Die Akten sind unverzüglich von dem Gerichtsherrn dem Oberkriegsgerichte zur rechtlichen Beurteilung der Sache vorzulegen. Diese Beurteilung ist für die weitere Behandlung der Sache maßgebend."

Man wird m. E. auch hier die Geltung der Remonstrationstheorie insofern als eingeschränkt ansehen müssen, als der Militärjustizbeamte die etwaige Deliktsqualität des Befehls klar erkannt hat. (Z. B. er weiß zufällig positiv, daß der Gerichtsherr die tatsächlich nicht vorhandenen Voraussetzungen eines Haftbefehls selbst nicht als vorliegend annimmt und lediglich aus persönlichem Übelwollen gegen einen Beschuldigten Haftbefehl erlassen will.) Denn das Gesetz kann unmöglich wollen, daß der richterliche Militärjustizbeamte als ein Mann von höherer Bildung, der dazu noch im Offizierrange steht, einen noch weitergehenden Gehorsam schuldet als jeder gemeine Soldat. (Über dessen Gehorsamspflicht s. unten). A. M. Frank S. 110.

β) Der Soldat.

1. Allgemein.

Die Gehorsamspflicht des Soldaten ist normiert in § 47 MStGB: „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers:

1. wenn er den ihm erteilten Befehl überschritten hat oder

2. wenn ihm bekannt gewesen, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte."

Sofern der Untergebene danach nicht selbst verantwortlich werden kann, muß er gehorchen. So auch die weitaus herrschende Meinung: Wachenfeld (in Kohlers Enzyklopädie II, S. 260), Binding (Handbuch I S. 806), Schütze (S. 107 und Anmerkung 7 das.), Merkel (S. 160), Meyer-Allfeld (§ 33 III), v. Liszt (§ 35 I 3 u. Anm. 1 das.), Frank (S. 112) , v. Bar (S. 118 Anm. 199 a), Hecker (GA 30, 123), v. Koppmann (§ 47 n 1), Weiffenbach-Wolf (S. 47), Herz-Ernst (§ 47 n 12), van Calker (S. 113; allerdings nur teilweise und unter scharfer Bekämpfung de lege ferenda), Girginoff (S. 97), Lewkowicz (S. 38), Penkert (S. 58), Sülflow (S. 72). Indessen hat auch die gegenteilige, früher kaum vertretene Ansicht, wonach § 47 lediglich die Unverantwortlichkeit des Untergebenen wegen Irrtums, nicht aber seine Gehorsamsverbindlichkeit behandelt, namentlich seit den Darlegungen M. E. Mayers in neuester Zeit zahlreiche Anhänger gefunden: Vergl. M. E. Mayer, Deutsches Militärstrafrecht S. 117 ff und Festschrift für Laband S. 158 f. Schon vor ihm Berner, S. 102 und Bauer (HA 1902 S. 899). Ferner: Rissom (bei Dietz, Handwörterbuch des Militärrechts, Art. „Befehl" S. 102 f; früher in: Notwehr und Waffengebrauch des Militärs, S. 42, teilweise anders), von Bar (Gesetz und Schuld III S. 118), Buchmann (S. 41 f), Schneider (S. 58), Tiessen (S. 13). Das Korrelat dieser Ansicht ist natürlich die Unverbindlichkeit jedes rechtswidrigen, zum mindesten jedes deliktischen Befehls. Insbesondere ist danach auch ein Befehl, der auf eine Übertretung geht, niemals verbindlich. Da freilich von einem straflos machenden Irrtum des Untergebenen nicht wohl die Rede sein kann, wenn er bestimmt wußte, daß ihm eine Übertretung anbefohlen wurde, das Gesetz aber nach seinem klaren Wortlaut eine Verantwortlichkeit des Untergebenen selbst dann verneint, so sieht man sich im Allgemeinen gezwungen, von der Irrtumstheorie wenigstens de lege lata ein Stückchen abzugehen und sich hier mit der Konstatierung der tatsächlichen Unverantwortlichkeit zu begnügen. Wie das Ge-

setz zu einer derartigen Regelung kommen sollte, wird freilich nicht gesagt.[1])

Hier liegt schon ein sehr schwacher Punkt dieser Theorie. Sie zerreißt eine offenbar einheitliche Idee des Gesetzgebers und vermag sie teilweise zu motivieren, teilweise nicht. Im übrigen muß zunächst prinzipiell wieder auf das oben S. 7 ff. Gesagte verwiesen werden. Speziell ist aber dann zu bemerken, daß die gegnerische Theorie gerade hier am allerwenigsten haltbar ist. Das zeigt zunächst die Vorgeschichte des Paragraphen. Er geht zurück auf § 71 des preußischen Militärstrafgesetzbuches von 1845. Wie wir oben gesehen hatten, hat das preußische Militärrecht auf dem Standpunkt des absoluten Gehorsams nur ganz vorübergehend gestanden, eine mehr oder minder große Hinneigung dazu war jedoch zum mindesten seit dem Ausgang des 18. Jahrhunderts stets vorhanden. Jedenfalls ebensoweit entfernt wie von jenem war es von dem Prinzip, daß nur rechtmäßige Befehle verbindlich seien. Im Gegenteil hatte die Kabinettsordre von 1860 (vergl. oben S. 26) wieder einen entschiedenen Ruck nach den Grundsätzen des unbedingten Gehorsam zu gemacht. Und im Sinn dieser Kabinettsordre hatte auch der Entwurf eines Deutschen Militärstrafgesetzbuchs seinen § 58 gehalten. Dieser Paragraph ging jedoch im Reichstag nicht durch und so wurde statt § 58 des Entwurfs unserer heutiger § 47 Gesetz, der die Fassung des alten § 71 des preußischen Militärstrafgesetzbuchs wiederherstellte mit der kleinen, aus dem Bayr. MStGB von 1869 (vgl. oben) übernommenen Änderung, daß statt „Verbrechen" im Sinn von Delikt schlechthin „Verbrechen oder Vergehen" gesagt wurde. (Vergl. von Calker, S. 107 f). Das alles zeigt deutlich, daß § 47 in seiner heutigen Form allgemein als ein Zugeständnis, als ein Nachgeben der Regierung betrachtet wurde, nicht aber als ein vollständiges Aufgeben ihres anfänglich

[1]) M. E. Mayer (S. 160 f) allerdings versucht die Irrtumstheorie hier dadurch zu halten, daß er den Grund der Straflosigkeit in diesem Falle nicht in dem Irrtum über die Rechtmäßigkeit, sondern in dem Irrtum über die Verbindlichkeit des Befehls sucht. Aber selbst wenn der Untergebene den auf eine Übertretung gerichteten Befehl, den er als solchen erkannte, für unverbindlich gehalten hat, kann er nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht bestraft werden. Daran ist gegen M. E. Mayer (S. 161) festzuhalten. Um Ausführung eines Befehls in Dienstsachen kann es sich auch dann handeln. Und was ist dann der Grund der Straflosigkeit?

dem historisch überkommenen Rechte entsprechend eingenommenen Standpunktes. Wie zögernd und ungern dies Nachgeben geschah, beweist die Übernahme der kleinen Änderung aus dem Bayr. MStGB. Und der Regierung kam es doch, das wird wohl niemand bezweifeln wollen, bei der ganzen Sache auf die Erhaltung der Disziplin im Heere an, nicht aber darauf, strafbare Handlungen unbestraft zu lassen. So ist § 47 MStGB von seinen Schöpfern nicht anders denn als eine gesetzliche Grenze der Gehorsamspflicht aufgefaßt worden, und so wird er auch heute noch von jedem, der ihn unbefangen liest, aufgefaßt. Namentlich aber entspricht auch nur diese Auslegung der Rechtsüberzeugung derer, die es zunächst angeht, der Angehörigen der Armee. Wer das etwa bezweifeln sollte, der mache doch einmal die Probe aufs Exempel und frage irgend einen Soldaten, vom General bis zum Gemeinen herunter, ob der Soldat gegenüber dem Befehl, über einen verbotenen Weg zu reiten, den Gehorsam verweigern dürfe!

Nun fahren aber die Gegner als schwerstes Geschütz die praktischen Konsequenzen der herrschenden Meinung auf. So fragt M. E. Mayer (Deutsches Militärstrafrecht I, S. 119 Anm. 1): „Müssen, wenn es befohlen wird, Remonten auf öffentlichen Plätzen mit gemeiner Gefahr zugeritten werden (StGB § 366 Ziff. 2)? Und auch Offiziere sind Untergebene! Muß ein Offizier auf Befehl militärische Legitimationspapiere verfälschen(StGB § 366)?“ Schneider (S. 62) bringt u. a. den Fall: „Der Unteroffizier befiehlt einem Soldaten auf dem Markte, aus einem Schlächterladen eine Wurst zu stehlen, die er alsbald verzehren wolle (§ 370 StGB).“

Die beste Antwort hierauf dürften einige Gegenfragen sein: Darf der Soldat in folgenden Fällen den Gehorsam verweigern?:

Ein Unteroffizier befiehlt auf der Mannschaftsstube, deren Fenster nach der Straße zu geht, einem Soldaten, er solle einen umfangreichen Topf mit Wasser auf die sehr schmale äußere Fensterbank stellen, weil er in der Stube im Wege sei. (§ 366 Ziff. 8 StGB).

Im Manöver wird der Befehl gegeben, im Walde Biwackfeuer anzuzünden. Es ist gerade eine sehr trockene Jahreszeit, auch hat das Laub bereits zu fallen begonnen. (§ 368 Ziff. 6).

Ein Offizier befiehlt der Kasinoordonnanz und einigen andern Soldaten, bei einem Gartenfest unmittelbar vor dem Kasinogebäude Feuerwerk abzubrennen. (§ 368 Ziff. 7).

Die Möglichkeit einer straflosen Gehorsamsverweigerung in diesen Fällen ist mit der im Heere erforderlichen Disziplin schlechterdings unvereinbar. Ja, man braucht sogar manche der angeführten gegnerischen Beispiele nur etwas zu variieren und zwar in juristisch ganz belangloser Weise, um mit denselben Beispielen die Gefährlichkeit der Gegenansicht für die militärische Disziplin klar zu beweisen. Nehmen wir z. B. Schneiders Unteroffizier mit der gestohlenen Wurst! Es möge sich nicht um eine solche handeln, sondern um einen vom Baum gefallenen Apfel, den der Unteroffizier auf dem Marsche einem Mann aufzuheben und ihm zu bringen befiehlt. Auch das ist eine Übertretung! (Daß sie meist unter die landesrechtlichen Feldpolizeigesetze fallen wird, erscheint hier völlig nebensächlich). Kann hier wirklich ein Mensch daran zweifeln, daß die Schädigung der Autorität des Vorgesetzten durch eine erlaubte Gehorsamsverweigerung für den Staat ein hundertmal größeres Übel wäre, als diese Lappalie von einem Delikt?! Aber noch ganz andere Perspektiven eröffnen sich auf dem Boden der Gegenansicht. Nach § 366 Ziff. 1 begeht eine Übertretung, „wer in Städten oder Dörfern übermäßig schnell fährt oder reitet." Nehmen wir an, Rittmeister A macht mit seiner Eskadron einen längeren Ritt in äußerst scharfem Trab und mäßigt das Tempo auch nicht, als das Dorf X erreicht wird. Leutnant der Reserve Assessor B macht den Herrn Rittmeister darauf aufmerksam, daß nach § 366 StGB übermäßig schnelles Reiten in Dörfern verboten sei. Rittmeister A erklärt, das sei ihm egal. Worauf Leutnant der Res. Assessor B mit seinem Zug in ein langsames Tempo fällt, ohne sich um die wiederholten Befehle des Rittmeisters zu bekümmern. Die ferneren Konsequenzen mag sich jeder selbst ausmalen.

Wir haben wiederum dem Gange unserer Ausführungen etwas vorgreifen müssen, indem wir hier Dinge hereinzogen, die an und für sich in den rechtspolitischen Teil der Abhandlung gehören. Wir waren dazu aber gezwungen, weil die Gegenseite derartige Gesichtspunkte zur Auslegung des geltenden § 47 MStGB in ihrem Sinne verwerten zu können glaubt. Da kam es uns darauf an, zu zeigen, daß, wenn man schon die praktischen Kosequenzen betrachten will, sich auf Grund der Gegenansicht noch viel schlimmere, ja geradezu haarsträubende Konsequenzen ergeben können. Und zwar würden diese Konsequenzen viel leichter praktisch werden,

als die von den Gegnern befürchteten. Die von uns angeführten Fälle von rechtswidrigen Befehlen sind solche, die jeden Tag vorkommen können. Von den oben nach den Gegnern zitierten kann man das kaum behaupten. Vor allem aber darf man nicht verkennen, daß es sich um das Problem des Ausgleichs widerstreitender Interessen handelt. Und da kann man ebensowenig hier wie sonst nach dem schönen Rezept „Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht naß!" verfahren. Ganz ohne unbefriedigende Konsequenzen, ohne Verletzung des einen oder anderen Interesses wird es eben nie abgehen. Daß es aber ganz im Belieben des Staates steht, ob er die Möglichkeit einer Rechtsverletzung der Möglichkeit einer Disziplinschädigung hintansetzt oder umgekehrt, und daß es keinesfalls unlogisch ist, wenn er sich im ersten Sinne entscheidet, haben wir zu Anfang unserer Betrachtungen (oben S. 3 ff) gesehen. Darnach vermögen die von den Gegnern angeführten Konsequenzen, von denen gar nicht bestritten werden soll, daß sie mitunter sehr unbefriedigend erscheinen können, unsere Ansicht, daß es sich in § 47 um eine Regel über die Verbindlichkeit militärischer Befehle und nicht bloß um ein „Kapitel der Irrtumslehre" handelt, nicht zu erschüttern.

Wie ist nun aber die soldatische Gehorsamspflicht begrenzt? § 47 spricht nur von „Befehlen in Dienstsachen" und erklärt den gehorchenden Untergebenen teilweise für unverantwortlich, wenn durch deren Befolgung ein Strafgesetz verletzt wird. Dadurch ergibt sich sofort der Gegensatz zu solchen Befehlen, die nicht „Befehle in Dienstsachen" sind. Tatsächlich kennt das MStGB auch Befehle, die dies wenigstens nicht zu sein brauchen. So sprechen die §§ 58 Ziff. 7, 94, 96 von „Dienstbefehlen", während z. B. von „Befehlen in Dienstsachen" außer § 47 auch § 92 spricht. Freilich würde man zwischen diesen beiden Begriffen wohl kaum je einen Unterschied finden, wenn nicht das Gesetz selbst dazu zwänge. Das tut es aber. Denn der einfache Ungehorsam (d. h. die blose Nichtbefolgung ohne ausdrückliche Verweigerung des Gehorsams) wird nach § 92 kriminell bestraft, wenn es sich um einen „Befehl in Dienstsachen" handelt. Dagegen ist nach § 94 die ausdrückliche Gehorsamsverweigerung auch schon einem Dienstbefehl gegenüber kriminell strafbar, und in demselben § 94 bedroht das Gesetz mit noch schwererer Strafe als in § 92 denjenigen, der „auf wiederholt er-

haltenen Befehl in Dienstsachen im Ungehorsam beharrt". Das nötigt ganz unvermeidlich zu dem Schluß, daß der einfache Ungehorsam gegen einen Dienstbefehl nur disziplinarisch bestraft werden kann. (Vergl. jedoch § 58 Ziff. 7 MStGB!) Und speziell für § 47 ergibt sich folgender wichtige Unterschied: Wenn § 47 dem Untergebenen nur für die Befolgung eines „Befehls in Dienstsachen" die strafrechtliche Verantwortlichkeit abnimmt, so muß daraus geschlossen werden, daß die Gehorsamspflicht gegenüber dem „Dienstbefehl" auf jeden Fall am Strafgesetz ihre Grenze findet. Der Untergebene ist für eine strafbare Handlung in Ausführung eines Dienstbefehls stets selbst verantwortlich. Er hat insofern also Prüfungsrecht und -pflicht gegenüber dem Dienstbefehl.

Es geht daher keinesfalls an, einen Unterschied zwischen „Dienstbefehl" und „Befehl in Dienstsachen" einfach zu leugnen, wie Rissom (Notwehr und Waffengebrauch des Militärs S. 40), und Schneider (S. 57, wo diese Ansicht sogar ganz irriger Weise als „herrschende Lehre" bezeichnet wird) es wollen. Freilich ist es enorm schwierig, einen solchen Unterschied herauszufinden. Den Wortlaut kann man überhaupt nur dann verwerten, wenn man das Wort „Dienstsache" in seinem zweiten Teil direkt preßt. Lassen wir zunächst die verschiedenen Unterscheidungen, die man versucht hat, Revue passieren!

Nach der ersten Ansicht sind „Befehle in Dienstsachen" nur Befehle eines direkten Vorgesetzten, die sich auf eine Dienstangelegenheit beziehen. Dies war der Standpunkt der Motive zum Militärstrafgesetzbuch (Reichstagsdrucksachen I. Legislaturperiode III Session 1872, 3. Band S. 30) und ist auch von der Praxis der Bayrischen Militärgerichte angenommen worden. (Vergl. van Calker S. 98). Ebenso Girginoff S. 98.

„Dienstbefehl" ist im Gegensatz dazu der Befehl irgend eines militärischen Vorgesetzten. Während aber nach Girginoff der „Dienstbefehl, wenn auch nicht eine Diensthandlung im engeren Sinne," so doch jedenfalls noch „die militärische Zucht und Ordnung" im allgemeinen betreffen muß, machen die Motive und die Bayrische Praxis diese Einschränkung nicht. Darnach braucht der Dienstbefehl in gar keiner Beziehung mit dem Dienst zu stehen.

Diese Theorien sind, ohne daß es eines Eingehens auf den zwischen ihnen bestehenden Unterschied bedürfte, schon deshalb abzulehnen, weil die Beschränkung des „Befehls in Dienstsachen" auf direkte Vorgesetzte einmal im Wortlaut des § 47 in keiner Weise begründet ist und sodann auch unmöglich der Sinn des Gesetzes sein kann. Denn die Durchführung der Unterscheidung in diesem Sinne würde zwar im Frieden kaum zu Bedenken Anlaß geben, im Kriege aber die vitalsten Interessen der Armee gefährden, ja zu geradezu katastrophal wirkenden Konsequenzen führen können (so auch van Calker S. 99 f). Sobald im Gefecht mehrere Truppenverbände durcheinander geraten oder sämtliche direkte Vorgesetzte eines engeren Verbandes gefallen wären, könnten selbst die wichtigsten Maßnahmen nicht mehr als „Befehle in Dienstsachen" angeordnet werden! Nicht nur, daß jeder Soldat schon prinzipiell eine eingeschränktere Gehorsamspflicht hätte, er könnte sogar wegen der Nichtbefolgung eines Befehls, von dem vielleicht unendlich wichtige Interessen abhängen, sofern er nur nicht mit dem direkten kriegsverräterischen Vorsatz des § 58 Ziff. 7 MStGB handelte, nur mit Arrest (!!!) bestraft werden! Daß das nicht der Wille des Gesetzes sein kann, bedarf wohl keines Beweises. Offenbar haben sich die Vertreter jener Theorie, insbesondere die Verfasser der Motive, diese Konsequenzen nicht genügend klar gemacht.

Eine zweite Theorie vermeidet denn auch jenen Fehler. Nach ihr ist es für die Unterscheidung völlig belanglos, ob der Befehl von einem direkten oder allgemeinen Vorgesetzten ausgeht. Der Begriff des „Befehls in Dienstsachen" ist nach ihr dem Begriff des „Dienstbefehls" nicht gleichgeordnet, sondern untergeordnet. „Dienstbefehl" ist jeder Befehl irgend eines militärischen Vorgesetzten, gleichgiltig, was er betrifft. „Befehl in Dienstsachen" ist dagegen nur der Befehl, der direkt oder indirekt den Dienst betrifft. Es ist also wohl jeder „Befehl in Dienstsachen" gleichzeitig auch „Dienstbefehl", nicht aber umgekehrt. So die preußische Praxis (vergl. van Calker S. 98), von Nostitz-Wallwitz S. 13, von Koppmann § 47 n 3, Weiffenbach-Wolf S. 46, Buchmann S. 36, Wachsmuth S. 49, Lewkowicz S. 34. Diese Ansicht läuft aber praktisch darauf hinaus, daß fast überall da, wo das Gesetz von „Dienstbefehl" spricht, speziell auch in § 47, „Dienstbefehl" gleichbedeutend

ist mit „Befehl in Privatsachen“. Lucus a non lucendo! Wenn wirklich nur der Befehlsinhalt für den Unterschied maßgebend sein soll, dann bleibt es unbegreiflich, wie das Gesetz dazu kommt, wenn es „Befehl in Privatsachen“ meint, ausgerechnet „Dienstbefehl“ zu sagen. (Ausdrücklich gegen diese Theorie auch van Calker S. 99 f. und Hecker GA 30, 123 f., die aber ihrerseits zu keinem sicheren Ergebnis kommen.)

Am meisten dürfte wohl immer noch die von M. E. Mayer (S. 152) aufgestellte Theorie befriedigen. Ihr haben sich angeschlossen Herz-Ernst § 47 n 2, Tiessen S. 15, Penkert S. 82. Darnach ist für den „Befehl in Dienstsachen“ maßgebend sein Inhalt, der irgendwie, direkt oder indirekt, mit dem „Dienst“ in Beziehung stehen muß. Für den „Dienstbefehl“ dagegen ist maßgebend seine Form, die „dienstliche Befehlsform“ sein muß. „Es ist erforderlich, daß die Willenserklärung sich äußerlich als Imperativ kund gibt“. (M. E. Mayer a. a. O.). Es ist jedoch zu beachten: Wenn gesagt wird, der „Befehl in Dienstsachen“ müsse mit dem Dienst in Beziehung stehen, so darf dies nicht auf den konkreten Befehl, der gerade vorliegt, sondern muß auf einen Befehl dieses Inhaltes im allgemeinen bezogen werden. Andernfalls müßte man dazu gelangen, jedem rechtswidrigen Befehl die Eigenschaft eines „Befehls in Dienstachen“ abzusprechen, denn es gehört nicht zu den Aufgaben der Armee, Rechtswidrigkeiten zu verüben, und die Ausführung einer solchen ist natürlich ebensowenig „Dienst“ im rechtlichen Sinn, wenn sie durch einen Untergebenen, als wenn sie in eigener Person geschieht. Diesen Sinn kann der Ausdruck „Dienstsache“ hier keinesfalls haben, denn das Gesetz spricht ja ausdrücklich von Befehlen in Dienstsachen, durch die ein Strafgesetz verletzt wird. Der Begriff muß daher ganz weit gefaßt werden, nämlich als ein Befehl, der, von den konkreten Umständen abgesehen, möglicherweise den Dienst betreffen kann — wobei unter Dienst auch wieder alles zu verstehen ist, was irgend wie im militärischen Interesse liegt, also auch unzählige Dinge, die das Privatleben des Soldaten betreffen. (Ebenso Hecker S. 123 f. und die gemeine Meinung. So ist z. B. „Befehl in Dienstachen“: Das Verbot des Besuchs von Wirtschaften, in denen revolutionäre Vereine verkehren; oder der Befehl an einen trunksüchtigen Soldaten, keinen Alkohol zu ge-

nießen). Es scheiden hiernach also aus dem Kreis der „Befehle in Dienstsachen“ nur diejenigen Befehle aus, bei denen eine Beziehung zum Dienst im eben bezeichneten Sinne unter gar keinen Umständen denkbar ist. — Und deren sind nicht gerade viele. Immerhin fällt damit für manche Delikte die Möglichkeit, bindend befohlen zu werden, von vornherein weg. So z. B. für alle Unzuchtsdelikte. Gesetzt den Fall, unser Strafgesetzbuch charakterisierte irgend eine gegen die geschlechtliche Moral verstoßende Handlung als Übertretung, so könnte auch diese niemals bindend befohlen werden.

Im Gegensatz zu dem hiernach wohl genügend gekennzeichneten „Befehl in Dienstsachen“, für den der dienstliche Inhalt wesentlich ist, tritt nun der Dienstbefehl, für den, wie gesagt, die dienstliche Form wesentlich ist. Nicht als ob der militärische Befehl an sich irgend einer Form bedürfte, was mit dem ganzen Wesen des Militärdienstes unvereinbar wäre. Der militärische Befehl kann schriftlich, mündlich oder durch Zeichen erteilt werden, er kann in Form eines Ersuchens, einer Bitte, einer rhetorischen Frage ausgesprochen werden — seine Eigenschaft als Befehl wird hierdurch nicht berührt. Wohl aber ist für den „Dienstbefehl“ als solchen insofern eine Form wesentlich, als er sich überhaupt als „Befehl“ im engeren Sinne, d. h. als ein unter Betonung der dienstlichen Autorität ausgedrückter Imperativ darstellen muß, — eine Eigenschaft, die außerhalb des militärischen Dienstverhältnisses dem Befehl als solchem begrifflich zukommt. Nur so kann einem Befehl, der im Gegensatz zum „Befehl in Dienstsachen“ steht, überhaupt noch etwas „Dienstliches“ anhaften, nur so läßt sich der Ausdruck „Dienstbefehl“ im Gegensatz zu jenem überhaupt rechtfertigen. Nach dem treffenden Bilde, das M. E. Mayer a. a. O. gebraucht, verhalten sich beide Begriffe zu einander, wie zwei sich schneidende Kreise. Sie sind einander weder koordiniert noch subordiniert. Es gibt also:

1. Befehle, die zwar Befehle in Dienstsachen, aber keine Dienstbefehle sind; andererseits auch
2. solche, die zwar Dienstbefehle, aber keine Befehle in Dienstsachen, und endlich auch
3. solche, die sowohl Befehle in Dienstsachen, als auch Dienstbefehle sind.

Daß die ganze Unterscheidung zwischen „Befehl in Dienstsachen“ und „Dienstbefehl“ praktisch glücklich, ja daß sie überhaupt nötig ist, kann man nicht behaupten. Darüber unten S. 122. De lege lata muß sie jedoch gemacht werden, und der Soldat hat daher bei jedem Befehl zu prüfen, ob er in dem oben entwickelten Sinne den „Dienst“ betreffen kann, d. h. Befehl in Dienstsachen ist. Unter Umständen kann dies freilich recht schwierig sein. In der überwältigenden Mehrzahl aller Fälle wird er aber ohne weiteres zu einer Bejahung der Frage gelangen, und dann regelt sich seine Gehorsamspflicht nach den nun zu entwickelnden Gesichtspunkten.

Prinzipiell ist mit der alleinigen Verantwortlichkeit des befehlenden Vorgesetzten die Verbindlichkeit selbst des deliktischen Befehls in Dienstsachen ausgesprochen. Von diesem Prinzip gibt es nur die in § 47 Ziff. 1 u. 2 normierten Ausnahmen. Jedoch ist auch hierunter nur die zweite eine wirkliche Ausnahme. Ziff. 1 ist, wie allgemein anerkannt wird, eine nur scheinbare und hätte füglich aus der Gesetzesbestimmung wegbleiben können. Denn soweit der Untergebene den Befehl überschritten hat, ist seine Handlung eben nicht mehr auf Befehl begangen, sondern der eigenen Initiative entsprungen. Daß man aber für Handlungen aus eigener Initiative selbst verantwortlich ist, das ist ein Satz, der eines besonderen Aussprechens nicht bedarf. Nur Abweichungen von diesem Satz bedürfen der ausdrücklichen Normierung. Der Befehl in Dienstsachen ist sonach für den Soldaten nur dann unverbindlich, „wenn ihm bekannt gewesen, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte“. Es wird also dem Soldaten in gewissem Umfange ein Prüfungsrecht eingeräumt. Diesem entspricht jedoch keine Prüfungspflicht. Der Grundsatz des dienstlichen Vertrauens, den wir oben (S. 53) für den Beamten aufgestellt hatten, gilt natürlich für den Soldaten erst recht. Ferner ist zu betonen, daß es im Militärdienst ganz besonders auf schnelle Ausführung eines Befehls ankommt. Meist ist schon durch den Befehl selbst der Zeitpunkt seiner Ausführung gegeben. Aber auch wo dies nicht der Fall ist, darf durch die Ausübung des Prüfungsrechts die Ausführung des Befehls nicht über den im konkreten Fall normalen Zeitpunkt hinaus verzögert werden.

Welcher Art ist nun aber das dem Soldaten zustehende Prüfungsrecht? Die Bezweckung eines Verbrechens oder Vergehens muß ihm — und zwar spätestens zur Zeit der Ausführung — bekannt gewesen sein. Irgend welche wenn auch noch so gewichtige Zweifel genügen also nicht. Und ferner ist der auf eine Übertretung gerichtete Befehl in Dienstsachen immer verbindlich. Kann dies nach dem Wortlaut des Gesetzes und nach unseren obigen Ausführungen für uns nicht zweifelhaft sein, so erhebt sich jedoch nun die sehr schwierige Frage: Was heißt es, der Soldat müsse die Verbrechens- oder Vergehensqualität des Befehls gekannt haben? Ist dies etwa in dem Sinne aufzufassen, daß er gewußt haben muß, wie das Gesetz die Handlung juristisch qualifiziert? Das vollständig Absurde dieses Gedankens liegt zu sehr auf der Hand, als daß man ihn auch nur einen Augenblick länger verfolgen könnte. Die Kenntnis der gesetzlichen Dreiteilung der Delikte in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen ist eine juristische Fachkenntnis, die man nicht einmal bei dem höher Gebildeten, erst recht aber ganz und gar nicht bei dem schlichten Mann aus dem Volke voraussetzen darf. Ja, diese allgemeine Kenntnis würde noch kaum genügen. Um sie praktisch verwerten zu können, muß man auch von den auf die einzelnen Delikte angedrohten Strafarten und Strafmaßen einen annähernd genauen Begriff haben —, was ebenfalls für den juristischen Laien, selbst für den von hoher Allgemeinbildung, nur bei ganz verschwindend wenigen Delikten zutrifft. Die Konsequenz dieser Ansicht würde daher sein, daß das Gesetz auf praktische Anwendung fast nur da, wo Militärbeamte oder juristisch gebildete Personen des Beurlaubtenstandes als gehorchende Untergebene in Frage kämen, d. h. also so gut wie niemals rechnen könnte. Daß die Geltung des Gesetzes aber nicht nur für diesen innerhalb der Gesamtarmee verschwindend geringen Personenkreis gedacht ist, dürfte nicht zu bezweifeln sein, so vorsichtig man bei der Einschränkung der Verbindlichkeit des Befehls auch gewesen ist. Mit unzweifelhafter Deutlichkeit habe ich denn auch diese Ansicht nirgends vertreten gefunden, wenngleich man bei manchen Schriftstellern sie nicht als ausgeschlossen betrachten kann.

Freilich darf nicht verkannt werden, daß jede Abweichung von der eben zurückgewiesenen Konstruktion zu dem äußerst unerwünschten Ergebnis führen muß, daß der Soldat in vielen

Fällen nicht imstande ist, sich über die Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit eines Befehls klar zu werden. Schuld daran ist die schematische Abgrenzung des Gesetzes in Verbrechen und Vergehen einerseits, Übertretungen andererseits, sowie die auch hier angewandte, logisch nicht folgerichtige und darum gefährliche Methode der neueren Gesetzgebung, das Primäre, die Gehorsamspflicht, durch das Sekundäre, die Verantwortlichkeit, zu bestimmen. Wenn auch praktisch der gesetzgeberische Fehler, mit dem wir es hier zu tun haben, dank der Fassung des § 47 im Übrigen keine allzuschlimme Wirkung wird äußern können, da der Kreis der unverbindlichen Befehle eben äußerst eng gezogen ist, und jene bedenkliche Lage für den Soldaten daher nicht oft entstehen wird, so bleibt seine Beseitigung de lege ferenda doch dringend zu wünschen. (Vgl. unten S. 122 f.). De lege lata müssen wir uns wohl oder übel mit ihm abfinden; darum könnte man nur herumkommen, wenn man die oben bekämpfte Auffassung annehmen wollte, und über deren absolute Unmöglichkeit kann wohl kein Zweifel bestehen.

Unter den sie ausdrücklich ablehnenden Schriftstellern besteht nun aber noch eine Kontroverse insofern: Genügt es, wenn der Soldat die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale gekannt hat? (So van Calker S. 122; Girginoff S. 94; Buchmann S. 39 f.). Oder muß er außerdem noch gewußt haben, daß die Handlung überhaupt strafbar ist? (So M. E. Mayer S. 156 Anm. 2; Derselbe, D. Militärstrafrecht I, 118; Weiffenbach-Wolf S. 47; Herz-Ernst § 47 n 12 Schneider S. 63 f; anscheinend auch von Bar, Ges. u. Sch. III, 119). Die erste Ansicht ist m. E. entschieden abzulehnen. Daß nach der Idee des Gesetzes es gerade die subjektive Erkenntnis der Strafbarkeit ist, die der Befehlsverbindlichkeit eine Schranke setzt, ergibt sich deutlich aus der Vorgeschichte des Paragraphen. Vgl. § 71 Pr. MStGB (oben S. 26): „. . . . offenbar ein Verbrechen bezweckte".

Noch ist indeß ein sehr wichtiger Punkt zu beachten, der fast immer übersehen wird. Es genügt nämlich zur Unverbindlichkeit eines Befehls in Dienstsachen noch nicht, daß der Soldat die Tatbestandsmerkmale einer vom Gesetz als Verbrechen oder Vergehen charakterisierten Handlung und die Strafbarkeit dieser Handlung kennt: er muß vielmehr auch wissen, daß der delik-

tische Erfolg bezweckt wird. Mit anderen Worten, es muß stets auch auf Seiten des befehlenden Vorgesetzten die klare Erkenntnis der Strafbarkeit des Befohlenen vorliegen und der Untergebene muß diese Sinnesbeschaffenheit seines Vorgesetzten kennen. Es ist klar, daß hierdurch die Zahl der unverbindlichen Befehle in Dienstsachen auf ein Minimum reduziert wird. Das bei flüchtiger Betrachtung freilich leicht zu übersehende Wörtchen „bezweckt" kann m. E. nur in diesem Sinne ausgelegt werden. „Bezwecken" ist eben etwas anderes als „verursachen". Es ist das Verdienst Heckers, (GA 30, S. 123 Anm. 76), auf diesen eminent wichtigen Punkt zuerst aufmerksam gemacht zu haben. (Sonst ebenso nur Penkert S. 59 f. M. E. Mayer S. 156 Anm. 2, der die Heckersche Ansicht als „ganz verfehlt" bezeichnet, läßt eine Begründung dieses scharfen Verdikts leider vermissen).

Damit ist m. E. die Frage der soldatischen Gehorsamspflicht, wie sie sich auf Grund von § 47 RStGB darstellt, nach allen Richtungen erörtert. Zusammenfassend wäre zu sagen:

1. Der „Dienstbefehl", der nicht zugleich „Befehl in Dienstsachen" ist, ist unverbindlich, sobald er ein Strafgsetz verletzt.
2. Der „Befehl in Dienstsachen" ist nur dann unverbindlich, wenn dem Untergebenen genau bekannt sind:
   a) Das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale einer vom Gesetz als Verbrechen oder Vergehen charakterisierten Handlung.
   b) Die Strafbarkeit dieser Handlung.
   c) Das Vorliegen der Kenntnis zu a und b auch auf Seiten des befehlenden Vorgesetzten.

Jeder andere militärische Befehl ist verbindlich. (Bezüglich des Dienstbefehls, der nicht Befehl in Dienstsachen ist, ist das allerdings cum grano salis zu nehmen. Natürlich kann einem Soldaten überhaupt nicht bindend befohlen werden, sich von seiner Frau scheiden zu lassen oder die Erbschaft seines Vaters auszuschlagen und dergleichen. Feste Regeln lassen sich aber für diese Abgrenzung nicht geben. Insofern muß an den militärischen Takt und den gesunden Menschenverstand des Soldaten appelliert werden).

2. Besondere militärische Gehorsamspflicht auf Grund des Art. 64 der Reichsverfassung?

Es ist eine, soviel ich sehe, überhaupt noch nicht erörterte Frage, ob von den Grundsätzen der in § 47 statuierten militärischen Gehorsamspflicht nicht eine Ausnahme existiert, die zwar wohl kaum je praktisch werden dürfte, für den Fall aber, daß sie dies jemals würde, von ungeheurer Wichtigkeit wäre. Es bestimmt nämlich Art. 64 I der Reichsverfassung: „Alle deutschen Truppen sind verpflichtet, den Befehlen des Kaisers unbedingte Folge zu leisten. Diese Verpflichtung wird in den Fahneneid aufgenommen". Diese Bestimmung, die im Frieden für die bayrischen Truppen keine Geltung hat, ist für den Kriegsfall auch auf diese ausgedehnt durch Ziffer III § 5 IV des Vertrags, betr. den Beitritt Bayerns zur Verfassung des Deutschen Bundes vom 23. November 1870. Die wenigen Schriftsteller, die daran überhaupt Bemerkungen knüpfen, gedenken der eventuellen strafrechtlichen Konsequenzen der Bestimmung mit keinem Wort. (Vergl. Haenel I S. 507. Fischer, Das Recht des deutschen Kaisers, Berlin 1895, S. 80). Es wird dort lediglich dem Art. 64 die Auslegung gegeben, daß die Kontingentsherrlichkeit der Landesherren niemals auf den dem Kaiser als oberstem Kriegsherrn geschuldeten Gehorsam eine einschränkende Wirkung auszuüben vermöge.

Wenn das auch ohne Zweifel richtig ist, und wenn auch lediglich dieser Zweck den Urhebern der Bestimmung vorgeschwebt haben mag, so würde daraus noch nicht folgen, daß ihr eine weitergehende Bedeutung nicht zukäme. Tatsächlich läßt sich hierfür manches anführen: Vor allem der Wortlaut „unbedingt". Was im allgemeinen unter „unbedingtem" Gehorsam zu verstehen ist, unterliegt keinem Zweifel. „Unbedingt" heißt eben „unbedingt", d. h. ohne alle und jede Einschränkung. Darnach müßte also der Soldat einen Befehl des Kaisers selbst dann ausführen, wenn er weiß, daß durch denselben ein Verbrechen oder Vergehen bezweckt wird. Man denke etwa an die vielbesprochene Äußerung des Abgeordneten von Oldenburg am 30. Januar 1910 im Reichstag: Der Kaiser müsse jederzeit imstande sein, zu einem Leutnant zu sagen: „Nehmen Sie 10 Mann und schließen Sie den Reichstag!" Mit dieser Äußerung hätte von Oldenburg also selbst dann recht gehabt, wenn er, was ich übrigens persönlich nicht glaube, was ihm aber

damals von der öffentlichen Meinung allgemein imputiert wurde, damit sagen wollte, daß dies dem geltenden Recht entspreche. Vergl. § 105 StGB. (Praktisch freilich wird ein solcher Befehl, gesetzt den ungeheuerlichen Fall, daß er erteilt würde, wohl fast stets schon aus dem Grunde verbindlich sein, weil diejenigen Offiziere — von Mannschaften ganz zu schweigen — die in diesem Fall das Bewußtsein der Strafbarkeit hätten, zu zählen sein dürften!). Für die Deutung des Art. 64 Abs. I im Sinne der absoluten Gehorsamtheorie würde außer dem Wortlaut noch sprechen die staatsrechtliche Natur der militärischen Kommandogewalt des Kaisers als eines in jeder Hinsicht unbeschränkt und unabhängig auszuübenden Herrschaftsrechtes. Innerhalb der Grenzen seiner Kommandogewalt sind die Anordnungen des Kaisers an keine Gegenzeichnung gebunden. Die Armee gelobt im Fahneneide Treue und Gehorsam ihm, aber nicht der Verfassung, wie es alle andern Staatsorgane in ihren Diensteiden tun. Am gewichtigsten aber ist und bleibt doch der Wortlaut. An einem an und für sich so unzweideutigen Ausdruck wie dem Wort „unbedingt" einschränkend herumdeuteln zu wollen, ist von vornherein mißlich. Ich würde daher, wiewohl ich selbst nicht glaube, daß man bei der Schaffung des Art. 64 an diese strafrechtlichen Folgerungen gedacht hat, nicht anstehen, aus den bisher entwickelten Gedanken die Konsequenz zu ziehen, wenn nicht wiederum ein Wort der Fassung des Artikels eine ganz andere Bedeutung verliehe, die zu der rein staatsrechtlichen Deutung von Hänel durchaus stimmt: Das ist das Wort „Truppen". Art. 64 sagt nicht, daß die Soldaten oder die Militärpersonen, sondern daß die Truppen verpflichtet seien, den Befehlen des Kaisers unbedingte Folge zu leisten. Eine Truppe aber ist stets eine Mehrheit von Soldaten, mithin gar kein deliktsfähiges Subjekt. Eine strafrechtliche Bedeutung kann daher der Vorschrift des Abs. I nicht zukommen, namentlich nicht, wenn man berücksichtigt, das Abs. II und III unzweifelhaft von dem Verhältnis der einzelstaatlichen Kontingente bezw. der diesen angehörigen Offiziere speziell als solcher zum Kaiser als oberstem Kriegsherrn handeln. Also läßt sich eine über die Grenzen des § 47 MStGB hinausgehende militärische Gehorsamspflicht aus Art. 64 der Reichsverfassung nicht folgern.

γ) Der Schiffsmann.

Noch haben wir eines durch unser Reichsrecht normierten Gehorsamsverhältnisses zu gedenken, dessen Ausdehnung über die Grenzen der rechtmäßigen bezw. der nicht strafbaren Handlungen bedeutend hinausgeht. Es ist das des Schiffsmanns zum Kapitän. Es darf heute wohl als herrschende Ansicht gelten, daß dieses Gewaltverhältnis nicht privatrechtlicher, sondern öffentlichrechtlicher Natur ist (Bernsten S. 89 ff., Hübner S. 28 ff. und die dort Zitierten). Unser Eingehen darauf steht daher nicht im Widerspruch mit unserer oben (S. 23) gemachten Bemerkung, daß wir im Folgenden nur noch öffentlichrechliche Gewaltverhältnisse zu betrachten hätten. (Über die Geschichte dieses Gewaltverhältnisses und seine Behandlung im ausländischen Recht vergl. Hübner S. 13 ff, Bernsten S. 68 ff.).

Die seemännische Gehorsamspflicht ist geregelt in folgenden Bestimmungen der Seemannsordnung vom 2. Juni 1902:

„§ 34 Abs. I und II: Der Schiffsmann ist verpflichtet, in Ansehung des Schiffsdienstes den Anordnungen des Kapitäns, der Schiffsoffiziere und seiner sonstigen Dienstvorgesetzten unweigerlich Gehorsam zu leisten und zu jeder Zeit alle für Schiff und Ladung ihm übertragene Arbeiten zu verrichten.

Er hat diese Verpflichtung zu erfüllen sowohl an Bord des Schiffes und in dessen Booten, als auch in den Leichterfahrzeugen und auf dem Lande, sowohl unter gewöhnlichen Umständen, als auch unter Havarie."

„§ 41 Abs. I: Bei Seegefahr, besonders bei drohendem Schiffbruche, sowie bei Gewalt und Angriff gegen Schiff oder Ladung hat der Schiffsmann alle befohlene Hülfe zur Erhaltung von Schiff und Ladung unweigerlich zu leisten und darf ohne Einwilligung des Kapitäns, solange dieser selbst an Bord bleibt, das Schiff nicht verlassen."

§ 85 Abs. II: Dem Kapitän, den Schiffsoffizieren und seinen sonstigen Vorgesetzten hat er mit Achtung zu begegnen und ihren dienstlichen Befehlen unweigerlich Folge zu leisten."

In jeder dieser 3 Bestimmungen, die übrigens sachlich genau dasselbe sagen, finden wir die Forderung des „unweigerlichen" Gehorsams gegen dienstliche Befehle. Für die Auslegung des

Wortes „unweigerlich“ gilt m. E. dasselbe, wie für das Wort „unbedingt“ (oben S. 83 f.). Lagen aber bei Art. 64 RV ganz besondere Umstände vor, die uns von der gegebenen Deutung jenes Wortes abweichen ließen oder bezog sich vielmehr jene Bestimmung, wie wir bei näherer Betrachtung gesehen haben, überhaupt nicht auf die militärische Gehorsamspflicht im eigentlichen Sinn, so kommen derartige Erwägungen hier nicht in Frage. Einem Befehl gegenüber zu unweigerlichem Gehorsam verpflichtet sein, heißt nichts anderes, als seine Befolgung nicht verweigern dürfen. Dieser Satz ist unglaublich banal, und doch ist es angesichts gewisser Bestrebungen, dem Prinzip der Unverbindlichkeit jedes rechtswidrigen Befehls den klaren Wortlaut des Gesetzes zu opfern, nicht überflüssig, ihn ausdrücklich auszusprechen. Jene Bestrebungen treten z. B. zu Tage in der Bemerkung M. E. Mayers (S. 149 Anm.): „ . . . dieser Passus sagt, *wie* gehorcht werden soll, er berührt aber in keiner Weise die Frage, unter welchen Voraussetzungen gehorcht werden muß“. Auf diese Weise läßt sich das unbequeme Wort nicht eliminieren! Denn ein mit Weigerungen verbundener Gehorsam ist überhaupt kein Gehorsam. Daß jemand, der zu gehorchen verpflichtet ist, sich normalerweise nicht weigern darf, gehört zum Selbstverständlichsten, was sich denken läßt. Darin besteht ja gerade das Wesen des Gehorsams an sich. „Anders“ *kann* man überhaupt nicht gehorchen! Also kann es sich hier nicht um das „Wie“ des Gehorchens handeln, sondern der Passus kann nur den Sinn haben, daß man in diesem Gewaltverhältnis auch unter solchen Umständen zum Gehorsam verpflichtet ist, wo man in andern Gewaltsverhältnissen „sich weigern“ darf, d. h. eben nicht zum Gehorsam verpflichtet ist. Also, einem dienstlichen Befehl gegenüber entfällt *jedes* Prüfungsrecht. Ebenso Binding HB S. 806, Frank S. 110, Meyer-Allfeld § 33 III, v. Liszt LB § 35 I 3 und Anm. 1 das. Merkel S. 160, Girginoff S. 73 f., Weber S. 36 f., anscheinend auch Eichholz S. 44 und S. 103, Bernsten S. 68 A. M. außer M. E. Mayer: Bauer S. 893 f., Brodmann S. 609, Meves in Bezoldz Gesetzgebung des deutschen Reiches 3. Teil Bd. I S. 458, von Bar Ges. u. Sch. III, 119.

Ein Einwand gegen unsere Ansicht liegt allerdings außerordentlich nahe: Daß nämlich die seemännische Gehorsamspflicht doch nicht weiter gehen könne als die militärische, insbesondere

die Gehorsamspflicht auf Kauffahrteischiffen nicht weiter als die auf Kriegsschiffen. Aber einmal ist es nur bedingt richtig, daß diese Rechtslage überhaupt gegeben ist. Denn der Begriff des „Dienstes“ ist hier ein viel engerer als beim Militär. Zum „Dienst“ im Sinne der Seemannsordnung gehört lediglich die in Ausübung des seemännischen Berufs zu entwickelnde Tätigkeit, alles außerhalb dieses Rahmens liegende nur in dem sehr beschränkten Umfang, in dem es durch die ausdrückliche Bestimmung der Seemannsordnung als Dienstpflicht des Seemanns bezeichnet ist (wie z. B. die Pflicht, sich stets nüchtern zu halten, § 85 Abs. I). Freilich muß auch hier bei Bestimmung der in Ausübung des Seemannsberufs zu entwickelnden Tätigkeit von den näheren Umständen des konkreten Falles abgesehen werden, da dies auf ein — sogar uneingeschränktes — Prüfungsrecht hinauslaufen würde, was mit dem Wortlaut des Gesetzes unvereinbar wäre. Indes ist es auch so unverkennbar, daß der Kreis der Fälle, in denen der Schiffsmann überhaupt zum Gehorsam verpflichtet ist, ungleich viel enger ist als beim Soldaten. Daß innerhalb dieses Kreises die Gehorsamspflicht des Schiffsmanns tatsächlich weiter geht, bleibt freilich verwunderlich genug. Es kann gar kein Zweifel bestehen, daß es nach der allgemeinen Volksüberzeugung ein Gehorsamsverhältnis, das an Intensität das militärische übertrifft, nicht gibt. Es würde daher hier, ebenso wie wir dies bezüglich des Beamten getan haben, ein entsprechender Rückschluß von der militärichen Gehorsamspflicht aus zu ziehen sein, wenn dies nicht mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes unvereinbar wäre. Psychologisch ist, nebenbei bemerkt, das Zustandekommen dieser gesetzgeberischen Merkwürdigkeit nicht unerklärlich. Die militärische Befehlsgewalt mit ihren Grenzen ist ein Problem von eminenter politischer Bedeutung, der Schiffsgewalt kommt eine solche dagegen so gut wie gar nicht zu. So haben die gesetzgebenden Faktoren bei Regelung der letzteren einen Rechtssatz passieren lassen, der sich in der politisch ungleich wichtigeren und darum mit viel grösserem Interesse und grösserer Gründlichkeit erörterten Frage des militärischen Gehorsams nicht durchgesetzt hat.

B.

Die Verantwortlichkeit für die Ausführung des deliktischen Befehls.

a) Der Gehorchende.

1. Verantwortlichkeit für die in Ausführung eines bindenden Befehls begangene strafbare Handlung.

α) Rechtmäßigkeitstheorie.

Wir haben gesehen, daß es auch nach unserem geltenden Recht Befehle gibt, die zur Begehung einer strafbaren Handlung verpflichten. Diese Handlung ist kraft einer Rechtsnotwendigkeit existent geworden. Andererseits verstößt sie gegen das Strafgesetz und erheischt wie jede andere Handlung, die dies tut, Sühne. Dieser Gegensatz in ihrer rechtlichen Beurteilung ist jedoch ein ganz natürlicher. Denn sie hat ihren Durchgang genommen durch die Tätigkeit zweier verschiedener Individuen, die sich nicht in derselben rechtlichen Lage befanden. Der befehlende Vorgesetzte brauchte den deliktischen Befehl nicht zu erteilen. Wenn er es dennoch getan und hierdurch den Tatbestand einer strafbaren Handlung verwirklicht hat, so muß er hierfür in gleicher Weise verantwortlich gemacht werden, als ob er die Tat in eigener Person ausgeführt hätte. Andererseits ergibt sich mit zwingender Notwendigkeit, daß der gehorchende Untergebene für seine Tat nicht verantwortlich gemacht werden kann. Es wäre ein vollendeter Widersinn und würde allem Gerechtigkeitsempfinden ins Gesicht schlagen, wenn die Rechtsordnung einen ihrer Untertanen zum Gehorsam verpflichten wollte und nachher ihn für das bestrafen,

was er in Leistung seines pflichtmäßigen Gehorsam getan hat. Ist man sich über dieses Postulat der Logik und der Gerechtigkeit aber auch allgemein einig, so besteht doch über den rechtlichen Grund der Unverantwortlichkeit des Gehorchenden eine tiefgehende Meinungsverschiedenheit.

Die herrschende Ansicht sieht diesen Grund in der Rechtmäßigkeit der Handlung des Untergebenen. So von Liszt § 35 I 3; Olshausen § 52 n 12 b, § 113 n 15; Meyer-Allfeld § 33 III; Schütze S. 107; Thomsen S. 96 f.; Binding HB S. 804 (aber LB II S. 771!); von Bar, Ges. u. Sch. III S. 103 ff. (freilich nicht widerspruchsfrei! Vgl. S. 115, 121); Rissom S. 43; Merkel S. 160; Girginoff S. 24, 26 und sonst mehrfach; vgl. unten; Kröll S. 18; Sülflow S. 26; Wachsmuth S. 40 f.; Reichmuth S. 23; wohl auch Schaper in HH II S. 123 n 1.

Gegen die Richtigkeit dieser Ansicht sprechen jedoch sehr schwerwiegende Bedenken.

Denn sie bedeutet, daß gegen die schädigende, aber rechtmäßige Handlung des Gehorchenden keine Notwehr möglich ist, sowie daß eine Bestrafung des Befehlenden wegen Anstiftung oder mittelbarer Täterschaft bei rechtmäßiger Tat des Gehorchenden nicht eintreten kann. (Anders freilich v. Liszt § 50 II 5, der mittelbare Täterschaft annimmt; dann aber fällt gegen die hier zweifellos rechtswidrige und strafbare Handlung des Vorgesetzten jede Notwehr weg!) Die Rechtmäßigkeitstheorie beruht aber auch auf einer verfehlten Konstruktion. Wir haben schon gleich zu Beginn unserer Abhandlung und später noch mehrfach Gelegenheit genommen, die Anschauung zurückzuweisen, daß das, was in Ausführung eines verbindlichen rechtswidrigen Befehls getan wird, dem Staatswillen entspricht. Es wird nunmehr am Platze sein, eine eingehende Widerlegung dieser Ansicht zu versuchen, und zwar werden wir dies am besten erreichen durch eine Auseinandersetzung mit demjenigen ihrer Vertreter, der sie wohl am eingehendsten und scharfsinnigsten begründet hat, mit Girginoff.

Girginoff sagt auf S. 16: „ . . . der Staatswille ist es, auf den die jedem Gewaltverhältnis eigentümliche Willenherrschaft der einen Person über die andere zurückzuführen ist. So ist der Befehl, soweit er rechtsverbindlich, Ausdruck des Staatswillens".

Dies ist jedoch ein Trugschluß. „Ausdruck des Staatswillens“ kann ein Befehl immer nur insoweit sein, als er innerhalb der Kompetenz — und zwar hier „Kompetenz“ in dem engeren, konkreten Sinn genommen — des Befehlenden liegt. Denn nur soweit seine Kompetenz reicht, ist jener überhaupt „Beamter“, „Militärbefehlshaber“, „Organ der öffentlichrechtlichen Schiffsgewalt“, d. h. Vertreter des Staats, und damit in der Lage, irgend welchen Staatswillen zum Ausdruck zu bringen. Da nun aber eine Kompetenz zur Erteilung rechtswidriger Befehle niemals bestehen kann, so können solche auch niemals Ausdruck des Staatswillens sein. Durch die bedingungslose Unterordnung des Untergebenen unter den Vorgesetzten ist letzterem allerdings die faktische, niemals aber die rechtliche Möglichkeit zur Erteilung und Durchführung rechtswidriger Befehle gegeben. Nur das aber, was ein Staatsorgan rechtlich kann, d. h. tun darf, ist „Ausdruck des Staatswillens“. Bezüglich des Untergebenen geht der Staatswille nur auf Gehorsamsleistung gegenüber dem Vorgesetzten, und nur diese allgemeine Gehorsamspflicht ist es, die in jedem Einzelfall einer Befehlserteilung in die Erscheinung tritt, nicht aber der Befehlsinhalt, bezüglich dessen der Staat sich, wie m. E. gerade aus der Statuierung der Gehorsamspflicht hervorgeht, mit dem Untergebenen in gar keine Erörterungen einläßt, bezüglich dessen er diesem gegenüber also überhaupt keinen Willen äußert. Die Rechtsordnung spricht zum Untergebenen keineswegs in der von Girginoff (S. 23) gedachten Art und Weise: „Du sollst die durch den für dich bindend erteilten Befehl aufgetragene Handlung ausführen“. Es ist nicht so, daß sie selbst im eigenen Namen die vom Vorgesetzten befohlene Handlung befiehlt. Sie sagt vielmehr zum Untergebenen, indem sie die unbedingte Gehorsamspflicht statuiert: „Ich gebe dich innerhalb der und der Grenzen vollständig in die Hand jenes Mannes. In diesem Umfang hast du ihm blindlings zu gehorchen, einerlei, was er befiehlt, ja selbst dann, wenn der Inhalt seines Befehls meinem Willen widerspricht. Ich will freilich nicht, daß etwas derartiges geschieht, will auch nicht, daß es durch dich geschieht. Aber ich halte dich innerhalb der Grenzen, in denen ich dich zum Gehorsam verpflichte, nicht für fähig oder nicht für geeignet, darüber zu befinden, ob eine Handlung meinem Willen entspricht oder nicht. Deshalb soll für

dich maßgebend sein lediglich der Wille deines Vorgesetzten, und befiehlt dir dieser etwas Rechtswidriges, so ist das eine Sache, die ich mit ihm allein auszumachen habe, für die du aber nicht verantwortlich bist. Denn wenngleich du etwas von mir Verbotenes getan hast, war es ja meinem Willen gemäß deiner Beurteilung entzogen, ob jene Handlung von mir gewollt war oder nicht". Also nicht die Rechtsordnung befiehlt dem Untergebenen, irgend eine bestimmte Handlung zu tun oder zu unterlassen! Das tut nur der befehlende Vorgesetzte, mag sein Befehl nun rechtmäßig oder rechtswidrig sein. Die Rechtsordnung befiehlt dem Untergebenen weiter nichts und lediglich nichts, als zu gehorchen.

Daß Girginoff dies verkennt, ist umsoweniger verständlich, als er selbst (S. 24) richtig bemerkt, daß der vom Recht mißbilligte Eingriff in die Rechtsgüterwelt „von der auf Erfüllung der Gehorsamspflicht gerichteten Handlung scharf zu scheiden" sei, daß zwischen beiden überhaupt „nur ein faktischer und kein rechtlicher Zusammenhang" bestehe. Diese scharfe Scheidung läßt Girginoff aber durchaus vermissen, wenn er auf Seite 26 sagt: „im Falle eines rechtsverbindlichen Befehls ist der Gehorsam als solcher immer geboten und Rechtspflicht. Die Handlung aber, soweit zu ihrer Vornahme eine Rechtspflicht besteht, kann niemals eine „rechtswidrige" sein." Der Gehorsam als solcher ist Rechtspflicht. Die vom Vorgesetzten befohlene rechtswidrige Handlung ist aber keine Rechtspflicht, wie Girginoff auf Seite 24 selbst zugibt. Folgerichtigerweise kann man auch, wenn man zwischen Rechtsverletzung und Gehorsamserfüllung wirklich scharf scheidet, zwar von einem „Recht" des Untergebenen auf Rechtmäßigkeit der letzteren, nicht aber von einem Recht desselben auf Rechtmäßigkeit der ersteren sprechen, wie es Girginoff Seite 24 tut.

Anders ausgedrückt: „Rechtmäßig" ist die Handlung des Untergebenen nur in staatsrechtlicher Beziehung, d. h. eben als die vom Staate geforderte Gehorsamsleistung an sich. Diese Rechtmäßigkeit ist auch der alleinige Grund für die disziplinarrechtliche Unverantwortlichkeit des Untergebenen. Im übrigen aber, ihrem konkreten Inhalt nach, ist und bleibt seine Handlung von der Rechtsordnung mißbilligt, d. h. rechtswidrig.

β) Schuldlosigkeitstheorie.

Den Grund für seine Unverantwortlichkeit werden wir daher im Ausschluß der Schuld zu suchen haben. Wenn hiergegen von den Vertretern der Rechtmäßigkeitstheorie der prinzipielle Einwand erhoben wird, der Gehorchende sei doch kein „willenloses Werkzeug" in der Hand des Befehlenden, sondern er handle „seinem Willen gemäß, die ihm auferlegte Pflicht zu erfüllen" (Girginoff S. 31 f.), so ist damit weiter nichts gesagt, als daß die Gehorsamsleistung als solche die freie, eigene Tat des Gehorchenden ist. Die Ausführung des Befehlsinhalts ist ihm aber gerade durch seine Gehorsamspflicht bindend vorgeschrieben, also seinem Willen entzogen.

Auch den von Frank (S. 111) erhobenen Einwand gegen die Schuldlosigkeitstheorie vermag ich nicht als berechtigt anzuerkennen. Frank verwirft zwar die Rechtmäßigkeitstheorie, ebenso aber auch die Schuldlosigkeitstheorie und zwar mit der Begründung, dann „müßte man den Untergebenen auch das Recht der Gehorsamsverweigerung gewähren, und dann wäre der Befehl nicht mehr bindend." Er nimmt deshalb einen „subjektiven Rechtfertigungsgrund" an. Der Untergebene „wird für seine Person gerechtfertigt („„gedeckt""), die Handlung bleibt rechtswidrig, der Befehlende haftet, und Notwehr ist erlaubt." (Ähnlich Kleinfeller RvD Allg. T. S. 289: „relativer Rechtfertigungsgrund"). Der Begriff eines „subjektiven Rechtfertigungsgrundes" steht m. E. mit dem Wesen der Rechtmäßigkeit in Widerspruch. Die Rechtmäßigkeit ist eine rein objektive Eigenschaft der Handlung als solcher, und daß für diese objektive Qualität der Handlung persönliche Eigenschaften des Täters mitbestimmend sein können, vermag daran nichts zu ändern. Zudem ist mir aber das Bedenken, das Frank zu dieser Konstruktion veranlaßt, nicht verständlich. Inwiefern soll die Schuldlosigkeitstheorie dazu führen, dem Untergebenen ein Recht der Gehorsamsverweigerung zu gewähren? Man könnte diesen Gedanken dahin verstehen, daß Frank die Zulässigkeit der Notwehr gegenüber dem gehorchenden Untergebenen, die sich aus der Schuldlosigkeitstheorie allerdings ergibt, für eine unannehmbare Konsequenz biete und deshalb, um den Untergebenen hiervor zu schützen, ihm das Recht der Gehorsamsverweigerung gewähren zu müssen glaubte. Aber dies kann seine Ansicht wohl nicht sein, denn zu eben dieser Konsequenz kommt Frank ja auch

bei seiner Theorie des subjektiven Rechtfertigungsgrundes! Überhaupt gelangt man, wie wir sehen werden, auf Grund der Schuldlosigkeitstheorie zu genau denselben Konsequenzen, wie Frank. Die Konstruktion des subjektiven Rechtfertigungsgrundes erscheint daher zum mindesten entbehrlich.

Meist als eine besondere Modifikation der Schuldlosigkeitstheorie behandelt, in Wahrheit aber der Frankschen verwandt ist die von van Calker vertretene und in seinem mehrerwähnten Buche („Die strafrechtliche Verantwortlichkeit" usw.) ausführlich entwickelte Theorie, insofern er davon ausgeht, daß dem Befehl wesentlich sei die rechtliche Möglichkeit, „den . . . Verpflichteten für den Fall des Ungehorsams Nachteile irgend welcher Art zuzufügen." Somit liege „in jedem Befehl die Androhung eines Übels für den Fall des Ungehorsams" (S. 7 a. a. O.). Durch diesen angeblichen Drohungscharakter des Befehls wird aber nach van Calker die Entschlußfassung des Gehorchenden zwar „beeinflußt", die Freiheit seiner Entschlußfassung aber nicht ausgeschlossen (S. 10).

Van Calker verläßt also den Gedanken einer schuldausschließenden Wirkung der in dem Befehl liegenden „Drohung" und wirft die Frage auf, „ob es nicht im Wesen des Befehls, insbesondere des rechtsverbindlichen Befehls, liege, daß durch ihn die Rechtswidrigkeit der Rechtsverletzung allgemein aufgehoben werde und daß deshalb von diesem Gesichtspunkt aus der Befehl als Schuldausschließungsgrund wirken müsse." (S. 10). Durch diese Vermengung von Rechtswidrigkeit und Schuld im Begriff „Schuldausschließungsgrund" gewinnen die Ausführungen van Calkers nicht gerade an Klarheit. Diese Unklarheit macht sich auch in den folgenden Sätzen van Calkers störend bemerkbar: „Eine Rechtsgüterverletzung ist nur dann allgemein nicht rechtswidrig, wenn der in concreto vorliegende Schuldausschließungsgrund auf ius commune beruht. Beruht der Schuldausschließungsgrund, wie dies bei der Amtspflicht und beim Berufsrecht überhaupt der Fall ist, auf ius singulare, so wird die Rechtswidrigkeit der Verletzung allgemein nicht aufgehoben." (S. 10).

„Darum schließt das Berufsrecht die Rechtswidrigkeit einer Handlung allgemein nicht aus, es hebt sie nur für den Berechtigten unter gewissen Verhältnissen auf und wirkt so als persönlicher Schuldausschließungsgrund." (S. 11).

Auf den Befehl angewendet: „Darum bildet der auf eine gesetzwidrige Handlung gerichtete rechtsverbindliche Befehl zwar wohl einen persönlichen Schuldausschließungsgrund für den Gehorchenden, er bildet jedoch nie einen allgemeinen Schuldausschließungsgrund – eine „strafbare Handlung" im Sinne des § 48 des Strafgesetzbuchs ist deshalb stets vorhanden."

Notabene: Van Calker meint nicht etwa eine „strafbare Handlung" des Befehlenden. Nein, der Passus „im Sinne des § 48" läßt keinen Zweifel darüber, daß er eine „strafbare Handlung" des Gehorchenden annimmt. Also eine nicht schuldhafte „strafbare Handlung". Das ist ein strafrechtliches Novum, das schwerlich großen Anklang finden dürfte! Man war und ist sonst immer noch der Meinung, daß Schuldhaftigkeit eine notwendige Voraussetzung jeder „strafbaren Handlung" sei. (Freilich ermöglicht es diese m. E. verfehlte Konstruktion eines „persönlichen Schuldausschließungsgrundes" van Calker, den Befehlenden als Anstifter aufzufassen — vgl. unten S. 107 — was vielleicht der tiefere Grund ist, der ihn zu ihr geführt hat.)

Als Wesen seines „persönlichen Schuldausschließungsgrundes" — in Wahrheit handelt es sich um eine subjektive Rechtfertigung — bezeichnet van Calker S. 13 a. a. O.: „wenn eine Rechtsgutverletzung zwar allgemein vorhanden ist, der Täter jedoch ein Recht hatte, diese Verletzung vorzunehmen". Die Ansicht van Calkers ist wenig klar formuliert. Im übrigen gilt gegen sie das oben S. 92 gegen Frank Bemerkte.

Unter den Vertretern der eigentlichen Schuldlosigkeitstheorie, die wir nunmehr betrachten wollen, besteht darüber, inwiefern der Befehl als Schuldausschließungsgrund wirkt, keineswegs Einstimmigkeit. Namentlich bei älteren Schriftstellern waltete das mißverständliche Bestreben ob, den verbindlichen Befehl als Sonderfall eines andern Schuldausschließungsgrundes aufzufassen unter Verkennung seines eigentümlichen Wesens als selbständiger Schuldausschließungsgrund eben kraft seiner Verbindlichkeit. So wollen den Befehl als Zwang (vis compulsiva) auffassen: Geyer in HH II, 352; Kleinschrod, Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, Erlangen 1805, I S. 892 ff.; ebenso in neuerer Zeit von Kräwel in Holtzendorffs Rechtslexikon, Leipzig 1880, Art. „Befehl". Aber nur selten wird der Befehl tatsächlich als vis

compulsiva wirken; jedenfalls kommt eine solche Wirkung auch dem verbindlichen Befehl seinem Wesen nach nicht zu. Und wo sie in der Tat vorliegt, da kommt es auf die Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit des Befehls gar nicht mehr an, sondern da wirkt eben die vis compulsiva an und für sich als Schuldausschließungsgrund. Das Problem der schuldbefreienden Wirkung des verbindlichen Befehls wird daher durch diese Konstruktion nicht gelöst.

Vielmehr ist der verbindliche Befehl ein selbstständiger Schuldausschließungsgrund wie jeder andere, d. h. mit ihm entfällt für den Gehorchenden eine „strafbare Handlung". Er hat diese Wirkung einzig und allein kraft seiner Verbindlichkeit. (Ebenso Bolze in GA 23, 395; Hälschner, LB I S. 401, II S. 811; Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit S. 137ff.; Binding II S. 771. Anders freilich HB S. 804. Vgl. oben S. 88; zweifelhaft ob auch RG 6, 432; Hecker S. 121 n 72).

Es ist, wie bereits bemerkt, durchaus ungerechtfertigt, die Verbindlichkeit als selbständigen Schuldausschließungsgrund nicht anerkennen zu wollen. Freilich steht dieser Schuldausschließungsgrund weder im Strafgesetzbuch, noch ist er überhaupt in allgemein gültiger Fassung gesetzlich fixiert. Das ist aber gar keine Besonderheit. Beispielsweise ist auch der Schuldausschließungsgrund dss Putativnotstandes nicht gesetzlich fixiert, wohl aber von Wissenschaft und Praxis allgemein anerkannt. Und Gründe ausgeschlossener Rechtswidrigkeit gibt es gar eine ganze Reihe, bei denen es sich nicht anders verhält. Ich nenne nur die ärztliche Operation, das Züchtigungsrecht des Vaters und des Lehrers. Es ist aber nicht einzusehen, warum, was für Rechtfertigungsgründe gilt, nicht auch für Schuldausschließungsgründe gelten soll. Es sind ja auch durch § 2 StGB andere Rechtsquellen als das geschriebene Recht nur insofern ausgeschlossen, als sie strafbegründendes Recht hervorbringen. Bei einem Schuldausschließungsgrund ist aber das Gegenteil der Fall. So ist also der Schuldausschließungsgrund des verbindlichen Befehls, soweit er nicht für Spezialgebiete, wie z. B. in § 47 MStGB gesetzlich fixiert ist, ein Produkt des Gewohnheitsrechts als ein unabweisliches Postulat der Logik und Gerechtigkeit. Er ist auch seinem Wesen nach den übrigen Schuldausschließungsgründen wenn nicht gleichartig, so doch völlig analog. Denn er beruht ebenso wie diese — mit

Ausnahme des Notstandes — auf einem Ausschluß der freien Willensbestimmung. Er stellt nicht, wie van Calker (S. 23) meint, gleich dem Notstand eine bloße „Beschränkung" der freien Willensbestimmung dar, sondern er ist ein völliger Ausschluß derselben. Freilich kein tatsächlicher, aber ein rechtlicher Ausschluß. Der Untergebene kann wohl dem verbindlichem Befehl entgegenhandeln, aber er darf es nicht. Und warum die Rechtsordnung diesen durch sie geschaffenen rechtlichen Ausschluß der Willensfreiheit anders behandeln sollte als den durch die Umstände geschaffenen tatsächlichen, ist schlechthin unerfindlich.

Auf dem so gewonnenen Boden erhebt sich aber nun noch eine hochwichtige Kontroverse bezüglich der in § 113 StGB aufgezählten Kategorien von Staatsorganen: Wir hatten gesehen, daß für den Untergebenen nicht die Rechtswidrigkeit, sondern die Schuld ausgeschlossen ist. Seine Handlung bleibt also rechtswidrig. Daraus wird einerseits gefolgert, daß er sich nicht in „rechtmäßiger Ausübung seines Amtes" befinde, daß daher der ihm geleistete Widerstand niemals unter § 113 StGB falle. So Binding II S. 766 ff. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Untergebene allerdings, wenngleich seine Handlung rechtswidrig ist, sich doch in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes befindet, oder wie wir es oben S. 90 ausgedrückt haben, daß seine Handlung, wenngleich im übrigen rechtswidrig, doch in staatsrechtlicher Beziehung rechtmäßig ist. Diese staatsrechtliche Seite seiner Handlung ist eben die Amtsausübung. Und diese besteht lediglich in der Gehorsamsleistung an sich, die vom Staate gewollt, also rechtmäßig ist. Daraus wird von manchen wieder die Folgerung gezogen, daß gegenüber dem Untergebenen nicht nur der Widerstand im Sinne des § 113, sondern jede Widerstandshandlung ausgeschlossen sei, ungeachtet der Rechtswidrigkeit seiner Handlung, da § 53 StGB durch § 113 einschränkend ausgelegt werden müsse. Diese Schrifttsteller gelangen also praktisch zu den Kosequenzen der von uns abgelehnten Rechtsmäßigkeitstheorie. So Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit S. 140; Hälschner II S. 811 f. Ebenso behaupten von denen, die prinzipiell nicht auf dem Standpunkt unserer Theorie vom verbindlichen Befehl als Schuldausschließungsgrund stehen, die Identität von Notwehrrecht und Widerstandsrecht: Von Kirchenheim, GS 1878 S. 188; Reichmuth S. 23; Tiessen S. 47 ff.

Diese Ansicht ist m. E. jedenfalls abzulehnen. Daß es regelmäßig gegenüber dem in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes befindlichen Beamten keine Notwehr gibt, ist selbstverständlich; aus dem einfachen Grunde, weil hier meist auch eine rechtmäßige Handlung vorliegt, somit von einem rechtswidrigen Angriff keine Rede sein kann. Insofern bedarf es gar keiner einschränkenden Auslegung des § 53 StGB. Bei der Ausführung eines rechtswidrigen verbindlichen Befehls ist die Sache aber anders. Hier bleibt die Handlung des Untergebenen rechtswidrig, und wenn sie sich als Angriff darstellt, ist sie eben ein rechtswidriger Angriff. Einem solchen gegenüber ist aber durch die Bestimmung des § 53 Notwehr allgemein statthaft, und es ist nicht einzusehen, warum § 53 nicht ebenso gegenüber dem § 113 StGB wie gegenüber jedem anderen Strafgesetz durchgreifen sollte. Der allgemeine, auf den Schutz der im Staatsdienste tätigen Organe abzielende Grundgedanke des § 113 kann daran nichts ändern. Gewiß ist die Idee des § 113 die, den Beamten gegen jeden Widerstand und Angriff während seiner Amtstätigkeit zu schützen. Diese Idee hat aber zur Grundlage den Normalfall, daß nicht nur die Amtsausübung, sondern auch die Amtshandlung eine rechtmäßige ist. Die Vollziehung eines rechtswidrigen Befehls stellt aber einen Ausnahmefall dar, in dem jenes Prinzip jedenfalls nicht mehr mit derselben Unbedingtheit berechtigt ist. Die an und für sich in diesem Ausnahmefall gegebene Zulässigkeit der Notwehr durch eine einschränkende Interpretation des § 53 StGB zu umgehen, liegt daher kein Grund vor. Es würde dies auch gegenüber dem von der Amtshandlung betroffenen Dritten eine große Härte bedeuten. Denn es hieße das gleichzeitig, daß gegenüber dem zweifellos rechtswidrigen Angriff, den der befehlende Vorgesetzte durch den Untergebenen begeht, keine Notwehr möglich wäre. Eben diese Konsequenz hat uns ja aber mit veranlasst, die Rechtmäßigkeitstheorie abzulehnen.

Die rechtliche Lage von Dritten gegenüber der Ausführung eines verbindlichen rechtswidrigen Befehls ist mithin folgende: Wo sich die Handlung des Befehlsempfängers als gegenwärtiger Angriff darstellt, ist Notwehr erlaubt, denn der Angriff ist ein rechtwidriger. Ist dies dagegen nicht der Fall, so ist jede Widerstandshandlung gegen den gehorchenden Untergebenen nach § 113

strafbar, da sich der Untergebene in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes befindet. Ebenso, soviel ich sehe, nur Bolze, GA 23, 395. Zu inhaltlich genau gleichen Konsequenzen gelangt Frank, S. 111, 124, 228. Ein denkbarer praktischer Fall wäre z. B. die unbefugte Absperrung eines öffentlichen Platzes durch einen militärischen Befehlshaber (man denke an die Zabernkrawalle von 1913), die nach einer lokalen verkehrspolizeilichen Bestimmung als Übertretung strafbar wäre, vorausgesetzt, daß sich dieser über seine Nichtberechtigung zur Absperrung klar war. Jede Handlung, die lediglich den Zweck verfolgte, die absperrenden Mannschaften zu vertreiben, z. B. Steinewerfen aus der Entfernung, würde nicht nur die sonst etwa verwirkten Strafen — in diesem Falle z. B. nach § 223a StGB — nach sich ziehen, sondern auch als Widerstand gegen die Staatsgewalt strafbar sein. Anders wäre es, wenn jemand den Platz betreten wollte und durch die Soldaten mit Gewalt hieran verhindert würde. In diesem Fall würde sich die auf Befehl verübte Handlung als Nötigung (§ 240 StGB) darstellen, und der sich widersetzende Private befände sich in berechtigter Notwehr.

Gegen unsere Konstruktion wird nun freilich der Einwand erhoben, daß sie eine unbillige Härte gegenüber dem gehorchenden Untergebenen darstelle. So sagt Graf Dohna, Rechtswidrigkeit S. 140: „. . . es hieße den Beamten völliger Willkür preisgeben und in ihm das Recht der Persönlichkeit gänzlich ignorieren, wollte der Staat einerseits von ihm bei Strafe Gehorsam fordern, andererseits eben diesen Gehorsam als ein rechtswidriges Verhalten brandmarken.“ Man kann sich dem Gewicht dieses Einwands keineswegs ganz verschließen. Jedoch dürfte zunächst rein theoretisch gegen Graf Dohna zu bemerken sein, daß ja nicht der Gehorsam, sondern die in Leistung des Gehorsams ausgeführte Handlung als „rechtswidrig gebrandmarkt“ wird. Und daß *diese* rechtswidrig ist, sagt Graf Dohna selbst. Insofern dürfte in seinen Ausführungen ein gewisser Widerspruch liegen. Immerhin verdient aber der von ihm erhobene Einwand rein praktisch ernste Erwägung. Es ist in der Tat nicht ganz befriedigend, daß der Untergebene, der nur seine Pflicht tut, Angriffen von Seiten Dritter preisgegeben wird. Aber, wie wir im Laufe unserer Ausführungen (oben S. 73) schon einmal betonten, ganz ohne unbefriedigende Konsequenzen geht es bei der Lösung des überaus schwierigen Problems, das Interesse

des Staates am zuverlässigen Funktionieren der Subordinationsorganismen mit dem Interresse des Staates an der Beobachtung der Gesetze in Einklang zu bringen, nun einmal nicht ab. Der verbindliche rechtswidrige Befehl hat an sich schon etwas Unbefriedigendes. Trotzdem glaubt die Rechtsordnung nach der Abwägung, die sie selbst ihren verschiedenartigen Interessen zu teil werden läßt, seine Möglichkeit nicht ausschließen zu dürfen. Wir müssen daher schon zufrieden sein, wenn des Unbefriedigenden möglichst wenig ist. Und da erscheint mir unsere Konstruktion immer noch als das bei weitem kleinere Übel gegenüber derjenigen, die dem rechtswidrig angegriffenen Dritten das Notwehrrecht versagt. Freilich, auch der angreifende Untergebene ist unschuldig. Aber auch gegenüber dem Geisteskranken, dem unmündigen Kind, dem in einem Irrtum befangenen Angreifer gibt es richtiger Meinung nach Notwehr, und auch diese sind unschuldig an dem von ihnen ausgehenden Angriff! Der gehorchende Untergebene wird ja geschützt, soweit es irgend geht. Vor jedem rechtlichen Nachteil wird er, wie es eine einfache Forderung der Gerechtigkeit ist, vollkommen geschützt. Er ist frei von jeder disziplinären, strafrechtlichen und natürlich auch zivilrechtlichen Verantwortlichkeit. Und auch sein Schutz vor Nachteilen rein tatsächlicher Art findet nur am Notwehrrecht eine Grenze. Im übrigen ist die ungünstige Lage, in der er darnach immerhin noch bleibt, doch nicht so schlimm, wie es vielleicht auf den ersten Blick aussieht. Zunächst kann er gegen den Notwehr Leistenden sich wehren. Freilich nicht ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der Notwehr. Notwehr gegen Notwehr gibt es nicht. Aber da er in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes handelt, kann er sich aller erforderlichen Mittel zur Realisierung, insbesondere auch der Waffengewalt, insoweit ihm deren Anwendung überhaupt zusteht, bedienen. Zweitens kann er sich, wie Binding II, S. 773 mit Recht bemerkt, wegen aller ihm von Seiten Dritter etwa zugefügten Schäden an seinen befehlenden Vorgesetzten halten, der hierfür allein verantwortlich ist. Drittens endlich ist zu bedenken: Diejenigen Kategorien von Untergebenen, für die ein Widerstand von Seiten Dritter meistens praktisch wird, d. h. Vollstreckungsbeamte und Soldaten, sind persönlichen Gefahren in ihrem Berufe ohnehin schon in hohem Maße ausgesetzt. Es wird für sie durch die Möglichkeit eines rechtswidrigen, verbindlichen Befehls ledig-

lich der Kreis der tatsächlichen Gefahren, die ihnen fortgesetzt drohen, etwas erweitert, insofern sie solche Gefahren auch indirekt seitens ihrer Vorgesetzten durch Erteilung eines rechtswidrigen Befehls zu gewärtigen haben. Schon um deswillen kann eine allzugroße Härte in der Zulässigkeit der Notwehr ihnen gegenüber nicht gefunden werden. Einen absolut vorbeugend wirkenden Schutz vor Angriffen kann ihnen kein Gesetz der Welt gewähren; Entschädigung und Genugtuung für erfolgte Verletzungen erhalten sie aber, wie schon erwähnt, auch in diesem Falle, nur nicht von dem unmittelbaren Verletzer, sondern von ihrem Vorgesetzten. Es ist darnach m. E. trotz dem Einwand Graf Dohnas daran festzuhalten, daß unsere Konstruktion nicht nur theoretisch zutreffend ist, sondern auch praktisch im Vergleich mit anderen Theorien immerhin noch zu den annehmbarsten Resultaten führt.

2. Verantwortlichkeit für die Ausführung des bewußtermaßen unverbindlichen deliktischen Befehls.

Ist ein Befehl, der die Verübung einer strafbaren Handlung zum Gegenstande hat, unverbindlich, und hat der Untergebene dies erkannt, so ist der Untergebene selbstverständlich für die Ausführung des Befehls strafrechtlich vorantwortlich. Es kann freilich sein, daß in den näheren Umständen der Befehlserteilung ein besonderer Schuldausschließungsgrund liegt. (Z. B. mit Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben, § 52 StGB, vergl. oben S. 93f). Das liegt jedoch außerhalb des Kreises unserer Betrachtungen. Der Befehl als solcher — nur mit diesem haben wir es hier zu tun — wirkt im Falle seiner Unverbindlichkeit niemals schuldausschließend, geschweige denn rechtfertigend. Wohl kann aber auch der unverbindliche Befehl als Strafmilderungsgrund wirken. Die verschiedensten Gesichtspunkte können hierfür in Betracht kommen: Einmal schon die bloße Gewöhnung des Untergebenen an prompten Gehorsam; ferner etwa das Gefühl besonders intensiver Ergebenheit für einen einzelnen Vorgesetzten, das dieser durch die Macht seiner Persönlichkeit in seinen Gewaltunterworfenen zu erwecken verstanden hat; oder auch die vielleicht nicht immer ganz unbegründete Befürchtung, daß der tatsächlich unverbindliche Befehl höheren Orts unrichtigerweise als verbindlich angesehen werden könnte.

Grundsätzlich ist aber der Untergebene für die Ausführung des bewußtermaßen unverbindlichen Befehls verantwortlich, und zwar je nachdem der Vorgesetzte sich an der Ausführung selbst beteiligt hat oder nicht, als Mittäter, Gehilfe oder Alleintäter. Alles dies natürlich unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß dem Untergebenen an und für sich in Beziehung auf den verbrecherischen Erfolg Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt. Insofern kann sein trotz klar erkannter Unverbindlichkeit des Befehls etwa vorhandener Irrtum über dessen Rechtswidrigkeit bzw. Deliktseigenschaft als solche eine Rolle spielen.[1]) Diese nach den allgemeinen Lehren des Strafrechts ohne weiteres gegebenen Grundsätze gelten für alle Gewaltverhältnisse ausnahmslos, insbesondere auch für das militärische Gewaltverhältnis. Manche wollen hier im Hinblick auf den positiven Wortlaut des § 47 MStGB eine Ausnahme konstruieren. So z. B. Weiffenbach-Wolf S. 47 Der genannte Paragraph sagt nämlich: „Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers“ usw. Daraus wird der Schluß gezogen, daß der militärische Untergebene stets nur als Mittäter oder Gehilfe, niemals aber als Alleintäter verantwortlich werden könne. Dagegen mit Recht die h. M.: v. Koppmann § 47 n 16; Herz-Ernst § 47 n 11; Hecker LB S. 93; RMG 1, 61. Vergl. insbes. die treffenden Ausführungen von Koppmanns a. a. O. Nach ihm wird hier

„nur eine Rechtsfiktion geschaffen, ähnlich wie es in § 99 MStGB oder in § 111 RStGB heißt: „„ist gleich dem Anstifter zu bestrafen““.

Es soll den Untergebenen nur die Strafe des Teilnehmers treffen, wenn er nach den allgemeinen Rechtsbegriffen tatsächlich, zunächst im Fall der Ziffer 2, der eigentliche und einzige Täter ist“.

Die Frage steht in engem Zusammenhang mit der Frage nach der juristischen Konstruktion bezüglich der Verantwortlichkeit des Befehlenden. (Vergl. unten S. 106).

---

[1]) Für den Soldaten freilich ist nach der Fassung des § 47 MStGB, sobald ein Befehl in Dienstsachen vorliegt, ein fahrlässiges Delikt undenkbar, da eben bei nicht klar erkannter Deliktsqualiät der Befehl für ihn verbindlich bleibt. Ebenso ist für den Beamten ein fahrlässiges Delikt nur im Fall eines formell unrechtmäßigen Befehls denkbar.

3. Der Irrtum des Gehorchenden über die Verbindlichkeit des Befehls.

Wir haben bisher nur von der Verantwortlichkeit des Gehorchenden für die Ausführung verbindlicher und unverbindlicher Befehle gesprochen, die er als solche richtig erkannt hat. Es bleibt noch zu erörtern das weite Gebiet der Fälle, in denen sich der Untergebene über die Verbindlichkeit des Befehls geirrt hat. Namentlich im militärischen Gewaltverhältnis werden solche Fälle infolge der unglücklichen Fassung des § 47 MStGB vorkommen können. Übrigens muß vorausgeschickt werden, daß der Irrtum über die Verbindlichkeit des Befehls scharf zu unterscheiden ist von dem Irrtum über die Rechtmäßigkeit des Befehls. Letzterer kommt, wie wir in dem Abschnitt unserer Abhandlung über die Verbindlichkeit gesehen haben, regelmäßig als Vorfrage für die Beurteilung der Verbindlichkeit des Befehls im einzelnen Fall in Betracht. Eine selbständige Bedeutung hat er nur beim unverbindlichen Befehl, der als solcher erkannt ist. Wenn ferner im Folgenden nicht nur der Fall der irrtümlichen Befolgung eines unverbindlichen rechtswidrigen Befehls, sondern auch der Fall der irrtümlichen Nichtbefolgung eines verbindlichen Befehls mit seinen Rechtsfolgen erörtert wird, so bin ich mir zwar darüber klar, daß der leztgenannte Fall streng logisch genommen eigentlich nicht in diesen Zusammenhang gehört. Um des sachlichen Zusammenhangs willen würde seine Erörterung aber doch wohl ungern vermißt werden.

Über die heiß umstrittene strafrechtliche Irrtumslehre als solche können wir uns hier natürlich in keine Auseinandersetzung einlassen. Dies würde über den Rahmen der vorliegenden Abhandlung hinausgehen. Es sei daher zur Verständigung vorab bemerkt, daß wir uns der in der Praxis herrschenden Irrtumslehre anschliessen, wonach der Irrtum über Rechtssätze und Begriffe des Strafrechts niemals, der Irrtum über Rechtssätze und Begriffe, die andern Rechtsgebieten angehören, sowie über das Vorhandensein von Tatumständen dann entschuldigt, wenn er im konkreten Fall verzeihlich ist, und sofern er dies nicht ist, zwar die vorsätzliche, nicht aber die fahrlässige Begehung eines Delikts ausschließt.

In Anwendung dieser Grundsätze auf den Befehl ist m. E. davon auszugehen, daß die Verbindlichkeit des Befehls ein außer-

halb des Strafrecht liegender Begriff ist. (A. M. von Nostitz-Wallwitz S. 84). Er gehört seiner Natur nach dem Staats- und Verwaltungsrecht bzw. (beim Seemann) dem öffentlichen Seerecht an. Daß er auch Bestandteil strafrechtlicher Rechtssätze ist, kann daran nichts ändern, ebensowenig wie der Begriff des Eigentums seinen Charakter als rein zivilrechtlicher Begriff dadurch verliert, daß er in § 242 StGB und zahlreichen andern Strafrechtssätzen enthalten ist.

Daraus folgt:

1. Hat der Untergebene einen rechtswidrigen unverbindlichen Befehl ausgeführt, den er für verbindlich gehalten hat, so kann er niemals wegen vorsätzlichen Delikts bestraft werden. War dagegen der Irrtum ein unentschuldbarer, so ist er für Fahrlässigkeitsdelikte verantwortlich. Ebenso Herz-Ernst § 47 n 11, von Koppmann § 47 n 13, Sülflow S. 57 f, Tiessen S. 30 ff.

2. Hat der Untergebene einen verbindlichen Befehl — gleichgültig ob einen rechtswidrigen oder einen rechtmäßigen — nicht befolgt, weil er ihn für unverbindlich hielt, so kann er niemals kriminell wegen Ungehorsams bestraft werden, wohl aber disziplinarisch, wenn sein Irrtum unentschuldbar, sein Ungehorsam also ein fahrlässiger war.

Dies gilt insbesondere auch für das militärische Gewaltverhältnis (ebenso M. E. Mayer, D. Militärstrafrecht I, 69 f, 95 f, II, 29; Brauer, Handbuch des Militärstrafrechts, Erlangen 1872 S. 192). Es ist im Gegensatz zum Reichsmilitärgericht (2, 200), das im Einklang mit von Koppmann § 92 n 17, Herz-Ernst § 92 n 2, Weiffenbach-Wolf § 92 n 3 die kriminelle Strafbarkeit auch des fahrlässigen Ungehorsams behauptet, daran festzuhalten, daß allerdings ein allgemeiner Strafrechtsgrundsatz — abgesehen von dem Gebiet der sogenannten reinen Polizeidelikte — dahin besteht, „daß die fahrlässige Verletzung eines Strafgesetzes nur dann strafbar ist, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist.“ Mit Unrecht bestreitet das Reichsmilitärgericht, daß sich dieser Grundsatz aus dem Zusammenhang und dem Geist unseres Strafgesetzbuchs ergebe. Er ergibt sich m. E. klar aus dem bloßen Vorhandensein so überaus zahlreicher Spezialbestimmungen für Fahrlässigkeitsdelikte. Verfehlt ist auch die Berufung des Reichsmilitärgerichts auf §§ 139, 145 StGB. Bezüglich des letzteren Paragraphen schon deshalb,

weil derselbe ein Blankettgesetz darstellt, für die hier erörterte Frage mithin als selbständige Strafbestimmung gar nicht in Betracht kommt. Die Möglichkeit einer fahrlässigen Verletzung des § 139 StGB wird allerdings von der herrschenden Meinung angenommen, vielfach aber, z. B. von Frank (§ 139 VII) lediglich unter dem Gesichtspunkt, daß es sich hierbei um ein reines Polizeidelikt handle. Andererseits wird sie aber, und zwar m. E. mit Recht, von namhaften Schriftstellern (von Liszt § 184 IV, Binding LB II, 861) bestritten. Verfehlt ist endlich auch die Heranziehung des § 2 MStGB seitens des Reichsmilitärgerichts mit der Ausführung, daß die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Strafrechts auf das Militärstrafrecht nur entsprechende Anwendung fänden, daß aber die Bestrafung auch des fahrlässigen Ungehorsams eine unabweisliche Forderung der militärischen Disziplin und infolgedessen eine „entsprechende" Rechtslage nicht gegeben sei. Es kann überhaupt fast unserer gesamten Militärstrafrechtsliteratur und -judikatur der Vorwurf nicht erspart werden, daß sie nur allzuhäufig das nicht zu billigende Bestreben zeigt, den § 2 MStGB durch übertriebene Betonung des Wortes „entsprechende" in sein gerades Gegenteil zu verkehren, indem sie auf dem Wege ähnlicher Deduktionen wie die oben erwähnte des Reichsmilitärgerichts überall, wo es ihr wegen wirklicher oder vermeintlicher allgemein militärdienstlicher Interessen zweckmäßig erscheint, entgegen dem Willen des Gesetzes zur Nichtanwendung der allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Strafrechts gelangt. Was speziell die hier erörterte Frage betrifft, so kann freilich nicht geleugnet werden, daß eine Nichtahndung des fahrlässigen Ungehorsams mit den Interessen der militärischen Disziplin unvereinbar ist. Von einer Nichtahndung kann ja aber auch keine Rede sein, da eine Bestrafung im Disziplinarwege immer noch möglich bleibt und in den weitaus meisten Fällen m. E. selbst de lege ferenda vollkommen ausreichend erscheint. (Bemerkenswert dürfte auch sein, daß nach dem bayrischen Militärstrafgesetzbuch von 1861 eine kriminelle Bestrafung des fahrlässigen Ungehorsams durch positive Gesetzesbestimmung ausgeschlossen war. Vgl. von Koppmann a. a. O.

Wann ein Irrtum des Untergebenen über die Verbindlichkeit des Befehls entschuldbar ist und wann nicht, läßt sich nicht gene-

rell beantworten. Das ist Frage des einzelnen Falles. Hervorzuheben ist jedoch: Von jedem öffentlichen rechtlichen Organ muß verlangt werden, daß es sich über den Umfang seiner Gehorsampflicht im wesentlichen kar ist. Wer daher einen Irrtum über einen Rechtsbegriff geltend macht, der seinerseits für den Begriff der Verbindlichkeit bestimmend ist, wird die Entschuldbarkeit seines Irrtums regelmäßig nur darzutun vermögen durch den Nachweis, daß er mangelhaft instruiert worden sei; ohne diesen Nachweis regelmäßig nur dann, wenn die Abgrenzung des Begriffs im konkreten Fall besondere Schwierigkeiten bot. Darnach wird z. B. im militärischen Gewaltverhältnis der behauptete Irrtum über die Qualifikation eines Befehls als „Befehl in Dienstsachen", sofern er überhaupt glaubhaft erscheint, praktisch fast nie entschuldbar sein, da der Soldat hierüber eingehend instruiert zu werden pflegt. Ihn grundsätzlich für unbeachtlich zu erklären, wie das Reichsmilitärgericht (5, 150) will, geht aber keinesfalls an.

Was endlich die viel erörterte Frage nach der Bedeutung des Irrtums über die juristische Qualifikation einer vom militärischen Vorgesetzten befohlenen Handlung als Verbrechen oder Vergehen einerseits, Übertretung andrerseits betrifft, so erledigt sich diese ziemlich einfach, wenn man bedenkt, daß sie ja überhaupt nur da praktisch wird, wo der Untergebene mit diesen Begriffen eine annähernde Vorstellung verbindet, also in der Regel nur bei juristisch gebildeten Militärpersonen. Der Nichtjurist und insbesondere der gemeine Mann sagt sich einfach instinktiv je nach der Art und der Schwere der befohlenen Rechtsverletzung: „Das muß ich tun" oder „Das darf ich nicht tun". Ein Irrtum im Sinne einer Falschvorstellung über die Qualifikation der Handlung im angegebenen Sinn liegt also bei ihm gar nicht vor, weil er überhaupt keine Vorstellungen in dieser Richtung hat. Sein Irrtum über die Verbindlichkeit eines Befehls ist also nicht hierdurch, sondern durch, wenn auch verwandte, Erwägungen allgemeiner Art bedingt.

Bei denjenigen Personen dagegen, die mit jenen Begriffen tatsächlich eine Vorstellung verbinden, ist ein Irrtum im Sinne einer Falschvorstellung hierüber allerdings möglich. Zwar ist, wie wir oben (S. 79 f.) gesehen haben, die richtige oder unrichtige Vorstellung über die juristische Qualifikation der Handlung für die Verbindlichkeit des Befehls vollkommen gleichgültig. Aber das

Resultat dieses Irrtums kann ein Irrtum über die Verbindlichkeit des Befehls sein, der als außerstrafrechtlicher Rechtsirrtum nicht unbeachtlich bleiben kann. Ob er entschuldbar ist, ist wiederum Tatfrage.

Ein Irrtum im Sinne einer Nichtvorstellung über die juristische Qualifikation der Handlung kommt auch bei denen, die mit jenen Begriffen nicht umzugehen wissen, in Betracht. Aber er wird hier nicht kausal sein für einen Irrtum über die Verbindlichkeit des Befehls.

Anders bei denen, die mit den betreffenden Rechtsbegriffen vertraut sind, für die in dem unwahrscheinlichen Fall einer Nichtvorstellung das oben Gesagte entsprechend gilt.

b) **Der Befehlende.**

1. Anstifter oder Täter?

Daß der befehlende Vorgesetzte für die Ausführung des von ihm erteilten deliktischen Befehls regelmäßig haftet, ist selbstverständlich. (Dieser Grundsatz erleidet nur eine einzige Ausnahme. Darüber unten). Streitig ist indes die juristische Konstruktion, ob er als mittelbarer Täter oder als Anstifter haftet. Es kann hier natürlich nicht der Ort sein, in prinzipielle Erörterungen über den Begriff der mittelbaren Täterschaft einzutreten. Wir subsumieren daher kurz nach der Meinung, die wohl als die — zum mindesten in der Praxis — herrschende bezeichnet werden darf, unter dem Begriff der mittelbaren Täterschaft alle die Fälle, in denen jemand, der die subjektiven Erfordernisse (i. w. S.) einer strafbaren Handlung in seiner Person erfüllt, wobei als Form seines Verschuldens sowohl Vorsatz wie Fahrlässigkeit möglich ist, den objektiven Tatbestand dieser strafbaren Handlung durch eine andere Person verwirklicht, die ihrerseits ohne vorsätzliches Verschulden bzw. bei den Deliktstatbeständen, die eine bestimmte Absicht erfordern, wenn auch vorsätzlich, so doch ohne diese Absicht handelt, wobei es keinen Unterschied macht, ob der subjektive Tatbestand so, wie er in seiner Gesamtheit vorliegt, ganz oder nur teilweise auf die Mittelsperson zurückzuführen ist.

Von diesem Standpunkt aus ergibt sich ohne weiteres: Wo es sich um einen verbindlichen Befehl handelt, ist der Befehlende

stets mittelbarer Täter. Denn hier ist ja jegliche Schuld des Untergebenen ausgeschlossen. Ebenso ist der Vorgesetzte auch mittelbarer Täter im Falle eines unverbindlichen Befehls, wenn der Gehorchende infolge irrtümlicher Annahme der Verbindlichkeit oder wegen mangelnden Verschuldens trotz Erkenntnis der Unverbindlichkeit entweder überhaupt nicht oder nur wegen Fahrlässigkeit verantwortlich ist, bzw. bei den eine besondere Absicht erfordernden Delikten ohne diese Absicht gehandelt hat. Im wesentlichen übereinstimmend, durchweg jedenfalls bezüglich des verbindlichen Befehls die h. M.: v. Koppmann § 47 n 9; Weiffenbach in Kohlers Enzykl. II S. 418; von Liszt § 35 I 3; von Bar S. 120; Hecker in GA 30, 124; Kröll S. 19; Petri S. 33; Sülflow S. 37 f; Graetzer S. 19 f; Döderlein S. 24.

Ist der Untergebene für die vorsätzliche Verletzung eines Strafgesetzes in Ausführung eines unverbindlichen Befehls, den er als solchen erkannt hat, verantwortlich, so ist zu unterscheiden, ob dem Vorgesetzten selbst Vorsatz zur Last fällt oder nur Fahrlässigkeit.

Im ersteren Falle ist der befehlende Vorgesetzte als Anstifter verantwortlich. Dies gilt auch für den militärischen Befehl. Von Einigen wird dies freilich unter Berufung auf den Wortlaut des § 47 MStGB bestritten. Über die Unrichtigkeit dieser Ansicht vergl. oben S. 100, wo wir die Frage bereits gestreift haben. Ebenso die h. M. Vergl. die oben Zitierten. Möglich ist auch, daß der Vorgesetzte sich an der Ausführung selbst als Mittäter oder Gehilfe beteiligt. Bei dieser Sachlage wird die Anstiftung durch die Mittäterschaft bzw. die Beihilfe durch die Anstiftung konsumiert.

Der zweite, ebenfalls denkbare Fall, daß dem Vorgesetzten bei der Erteilung des unverbindlichen deliktischen Befehls nur Fahrlässigkeit, dem Untergebenen bei der Ausführung aber Vorsatz zur Last fällt, wird in der Literatur meist übersehen. (Beim Soldaten ist dieser Fall allerdings nur möglich, sofern kein „Befehl in Dienstsachen“ vorliegt). In solchem Falle ist der Vorgesetzte nach unserer oben gegebenen Definition der mittelbaren Täterschaft nicht mittelbarer Täter. Er ist aber auch nicht Anstifter, da es eine fahrlässige Anstiftung nicht gibt. Hier ist vielmehr der Kau-

salverlauf als durch das freie und vorsätzliche Handeln des Untergebenen unterbrochen anzusehen. Insofern ist dieser Fall streng juristisch genommen nur eine scheinbare Ausnahme von dem Grundsatz der Verantwortlichkeit des Befehlenden für die Ausführung deliktischer Befehle. Eine disziplinarrechtliche Verantwortlichkeit für die bloße Erteilung des Befehls an sich ist damit natürlich nicht ausgeschlossen. Girginoff (S. 109) nimmt bei dem zuletzt besprochenen Fall mittelbare Täterschaft an, während er andererseits beim verbindlichen Befehl solche leugnet und von „Alleintäterschaft" spricht —, die gar kein Gegensatz zur mittelbaren Täterschaft, sondern ein Oberbegriff derselben ist! Gegen Girginoff zu polemisieren wäre hier zwecklos, da er von einem ganz anderen, eigenartigen, an Binding (Grundriß S. 156, IV, 1; 169) angeschlossenen Begriff der mittelbaren Täterschaft ausgeht.

Im grundsätzlichen Gegensatz zur herrschenden Meinung bezüglich des wichtigsten Teils unseres Problems, des verbindlichen Befehls, steht van Calker (S. 15—23), der auch hier Anstiftung annimmt. Es ist das allerdings nur die Konsequenz aus seiner Theorie des „persönlichen Schuldausschließungsgrundes," der eine „strafbare Handlung" auch für den Gehorchenden bestehen läßt. Damit ist jedenfalls nach dem Wortlaut des § 48 StGB die Möglichkeit der Anstiftung gegeben, wenngleich wenigstens nach unserer Definition der mittelbaren Täterschaft die Annahme der letzteren trotzdem nicht ausgeschlossen wäre. Nachdem wir oben van Calkers Theorie des „persönlichen Schuldausschließungsgrundes" ausdrücklich abgelehnt haben, brauchen wir hier darauf nicht mehr näher einzugehen. Wenn aber van Calker zur weiteren Begründung seiner Auffassung des Befehlenden als Anstifter noch ausführt, daß die angeblich dem Befehl eigentümliche Drohung eine solche im Sinne des § 48 StGB sei, wo die Drohung als Mittel der Anstiftung ausdrücklich genannt sei, so ist auch das entschieden abzulehnen. Einmal haben die in § 48 aufgeführten Mittel der Anstiftung nur exemplifikatorische Bedeutung, sind aber keineswegs präjudiziell für deren Begriff. Sodann: Selbst wenn eine „Drohung" dem verbindlichen Befehl begriffswesentlich wäre, so würde dies doch nichts daran ändern, daß der verbindliche Befehl jedenfalls in erster Linie gerade durch seine von der Rechtsordnung statuierte Verbindlichkeit motivsetzend wirkt. Nach van Calker würde jeder Befehl nur aus

Angst befolgt. Schließlich gibt es aber doch noch ein Pflichtbewußtsein! Aus diesem Grunde muß schon die Subsumption des Befehls unter dem Begriff der „Drohung“ im Sinne des § 48 als verfehlt bezeichnet werden (gegen van Calker vgl. übrigens auch Graetzer, S. 19, 20).

2. Versuch.

Die Frage, ob und inwiefern beim deliktischen Befehl Strafbarkeit wegen Versuchs eintreten kann, beantwortet sich denkbar einfach, wenn der Untergebene die Ausführung des Befehls begonnen, aber nicht vollendet hat. Sie regelt sich für den Vorgesetzten — wie natürlich auch für den Untergebenen — vorausgesetzt, daß überhaupt Verantwortlichkeit besteht, lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen der Versuchslehre. Vorausgeschickt muß hierbei werden, daß wir in diesem Abschnitt die selbständigen Strafdrohungen, die für die Erteilung eines rechtswidrigen Befehls als solche bestehen, bei Seite lassen. Davon wird im nächsten Abschnitt zu reden sein. Hier haben wir es nur mit dem Versuch an sich zu tun. Würde also der Vorgesetzte für die vollendete Ausführung des Befehls als Anstifter haften, so haftet er wegen Anstiftung zum Versuch. Würde er bei vollendeter Befehlsausführung mittelbarer Täter sein, so ist er auch für den Versuch als mittelbarer Täter verantwortlich. Beides natürlich nur, sofern Versuch begrifflich möglich ist, d. h. wenn es sich für ihn um ein vorsätzliches Delikt handelt, dessen Versuch strafbar ist.

Wie aber, wenn der Untergebene den deliktischen Befehl überhaupt nicht ausgeführt hat? Hier entfällt, wenn der Vorgesetzte für die Ausführung des Befehls als Anstifter haften würde, jede Verantwortlichkeit. Versuchte Anstiftung als solche kennt unser Strafgesetzbuch nicht. Auch insofern bietet sich keine Schwierigkeit. Bestritten ist dagegen der Fall, daß der Vorgesetzte für die Ausführung als mittelbarer Täter haften würde. v. Liszt (§ 50 n 8 Ziff. 7) nimmt hier Versuch in mittelbarer Täterschaft an. Dem dürfte jedoch nicht beizustimmen sein, da hier von einem „Anfang der Ausführung“ doch wohl schlechterdings keine Rede sein kann. Freilich haftet der mittelbare Täter nicht etwa für eine fremde, sondern für seine eigene Tat. Aber diese seine eigene Tat gewinnt

eben ihren Inhalt erst durch eine fremde und hat daher eine fremde Tat zur begrifflichen Voraussetzung. Daraus folgt, daß, solange die letztere überhaupt noch nicht da ist, auch die erstere noch nicht existent geworden ist. Ein Versuch in mittelbarer Täterschaft liegt sonach hier nicht vor. Ebenso Binding, Grundriß Allg. T. S. 158 (der übrigens den Begriff in eigner Weise faßt).

3. Besondere Strafandrohungen für den Befehlenden.

Unser Reichsrecht kennt eine Reihe von Bestimmungen, nach denen schon die bloße Erteilung eines rechtswidrigen Befehls an sich unter Umständen strafbar ist. Ganz allgemein wäre hier zu nennen der sogen. Duchesneparagraph (§ 49 a StGB), wonach bestraft wird, „wer einen andern zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem Verbrechen auffordert, oder wer eine solche Aufforderung annimmt". Auf Grund dieser Vorschrift ist der Vorgesetzte wegen der vorsätzlichen Erteilung eines Befehls zu einem Verbrechen (wobei noch die Detailvorschrift des Abs. 3 a. a. O. beachtet werden muß), stets strafbar, wenn es zur Ausführung desselben nicht gekommen ist. Ist es auch nur zu einem Versuch des Verbrechens gekommen, so ist § 49 a natürlich ausgeschlossen. Ausgeschlossen ist seine Anwendung auf den Befehlenden auch beim Zutreffen der Spezialbestimmungen der §§ 357 StGB, 116 MStGB. (Vgl. unten).

Eine Bedeutung des § 49 a auch für den Untergebenen erscheint auf Grund des zuletzt zitierten Passus — „wer eine solche Aufforderung annimmt" — zwar begrifflich nicht völlig ausgeschlossen, dürfte aber wohl kaum praktisch werden. Denn in dem bloßen Nichtwidersprechen wird man ein „Annehmen" nicht finden können. Eine ausdrückliche Einverständniserklärung des Untergebenen mit dem Befehl ist aber wohl nirgends üblich und steht an sich im Widerspruch mit dem Wesen des Gewaltverhältnisses. Auch in den Worten „zu Befehl" oder „jawohl", die der militärische Untergebene beim Empfang eines Befehls in Verbindung mit der dienstlichen Anrede des Befehlenden ausspricht, oder in der vorgeschriebenen Wiederholung eines längeren oder schwierigeren Befehls durch den Untergebenen wird man nicht eine — mit der militärischen Disziplin gänzlich unvereinbare — Einver-

ständniserklärung erblicken dürfen, sondern nur eine Bestätigung, daß der Befehl gehört bezw. verstanden ist. Wo aber einmal eine wirkliche „Annahme“ durch den Untergebenen vorliegen sollte, da wird es sich meist schon auf Seiten des Vorgesetzten begrifflich nicht mehr um einen „Befehl“, sondern um eine private Aufforderung (Vorschlag, Wunsch, Bitte) handeln.

Als einschlägige Spezialbestimmungen wären zu erwähnen: Zunächst für das Beamtenrecht § 357 Abs. I StGB: „Ein Amtsvorgesetzter, welcher seine Untergebenen zu einer strafbaren Handlung im Amte vorsätzlich verleitet oder zu verleiten unternimmt, oder eine solche strafbare Handlung wissentlich geschehen läßt, hat die auf diese strafbare Handlung angedrohte Strafe verwirkt“. (Vgl. auch §§ 340, 341, 343, 345, 358). Unter einer „strafbaren Handlung“ ist nicht jedes in Ausübung des Amtes begangene Delikt zu verstehen, sondern nur eins der im 28. Abschnitt des Strafgesetzbuchs aufgezählten. Dies folgt aus dem Sprachgebrauch des Gesetzgebers, der sich in der Überschrift zum 28. Abschnitt: „Verbrechen und Vergehen“ kundgibt. Ebenso v. Liszt, § 179 XII 1. A. M. Olshausen § 357 n. 2. Aus der Fassung „zu einer strafbaren Handlung“ könnte man auch zu schließen versucht sein, daß es sich für den Untergebenen selbst um eine solche handeln muß, so daß also § 357 nur dann auf den Vorgesetzten Anwendung fände, wenn der Untergebene selbst verantwortlich ist oder es im Fall der Ausführung des Befehls sein würde. Dies widerspricht aber offenbar der Tendenz des Gesetzes. Es wird daher anzunehmen sein, daß § 357 StGB nur den objektiven Deliktstatbestand im Auge hat, also nur einen etwas ungenauen Ausdruck enthält, tatsächlich aber nichts anderes sagen will, wie die präziser gefaßten §§ 115, 116 MStGB, wenn sie von einer „mit Strafe bedrohten Handlung“ sprechen.

Nachdem dies klargestellt ist, ergibt sich als rechtliche Tragweite der Vorschrift für den Befehlenden:

1. Die vorsätzliche Erteilung eines Befehls zur Verübung eines Amtsdelikts ist stets schon an sich strafbar, ohne Rücksicht darauf, ob der Befehl ausgeführt wurde oder nicht.

2. Ist ein solcher Befehl ganz oder teilweise ausgeführt worden, so ist der Vorgesetzte unmittelbarer Täter eines Spezialdelikts

aus § 357 in Verbindung mit dem in concreto verletzten sonstigen Paragraphen des 28. Abschnitts, niemals aber mittelbarer Täter oder Anstifter; und ferner ist er niemals wegen Versuchs, sondern stets wegen vollendeten Delikts haftbar, mag auch bezüglich des Amtsdelikts, auf das der Befehl gerichtet war, objektiv nur ein Versuch vorliegen.

Als Spezialbestimmungen für das Militär sind zu nennen §§ 115, 116 MStGB.

§ 115: „Wer durch Mißbrauch seiner Dienstgewalt oder seiner dienstlichen Stellung einen Untergebenen zu einer von demselben begangenen, mit Strafe bedrohten Handlung vorsätzlich bestimmt hat, wird als Täter oder als Anstifter mit erhöhter Strafe belegt."

§ 116: „Wer es unternimmt, durch Mißbrauch seiner Dienstgewalt oder seiner dienstlichen Stellung einen Untergebenen zur Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung zu bestimmen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu Einem Jahre bestraft."

Nach dem Wortlaut dieser Bestimmungen würde anzunehmen sein, wie es van Calker (S. 128) auch tut, daß sie sich auch auf Befehle zu Übertretungen beziehen. Durch § 53 MStGB erscheint jedoch eine einschränkende Auslegung geboten. § 53 sagt: „Wo dieses Gesetz eine erhöhte Freiheitsstrafe androht, kann dieselbe das Doppelte der für das betreffende Verbrechen oder Vergehen angedrohten Freiheitsstrafe erreichen . . ." Daraus folgt zwingend, daß jedenfalls § 115, der gar keine selbstständige Strafdrohung enthält, Übertretungen nicht im Auge haben kann. Was aber für die Auslegung einer in § 115 enthaltenen Wendung gilt, muß wohl auch für die Auslegung der wörtlich gleichlautenden Wendung in dem unmittelbar folgenden und mit § 115 in engstem innerem Zusammenhang stehenden § 116 gelten.

Darnach ist zu sagen: Die bloße vorsätzliche Erteilung eines militärischen Befehls zur Verübung eines Verbrechens oder Vergehens ist, wenn der Befehl unausgeführt geblieben ist, als selbstständiges militärisches Vergehen nach § 116 MStGB strafbar. Ist der Befehl ganz oder teilweise ausgeführt worden, so trifft den Vorgesetzten erhöhte Strafe nach Maßgabe des § 53 MStGB.

An der im konkreten Fall zutreffenden juristischen Konstruktion (mittelbare Täterschaft, Anstiftung, Versuch) ändert sich hierdurch jedoch auch bezüglich des Vorgesetzten nicht das Geringste.

Die Seemannsordnung kennt besondere Strafbestimmungen für die Erteilung eines deliktischen Befehls nicht.

III.

Folgerungen de lege ferenda

1. Allgemeines.

Wenn ich bisher schon mehrfach durch den Zusammenhang genötigt war, meinen Standpunkt betreffs des rechtswidrigen verbindlichen Befehls de lege ferenda hie und da durchblicken zu lassen, so gilt es nun, zu dieser Frage prinzipiell Stellung zu nehmen. Auch ich halte den verbindlichen Befehl rechtswidrigen Inhalts für ein Übel. Das sei gleich zu Anfang nochmals nachdrücklich bemerkt. Aber ich halte ihn für ein notwendiges Übel. Seine gänzliche Ausschaltung aus der Rechtsordnung läßt sich nur erkaufen gegen das m. E. größere Übel eines mangelhaften Funktionierens der öffentlichrechtlichen Subordinationsorganismen. Daß dies tatsächlich als das größere Übel zu betrachten ist, ergibt sich m. E. aus Folgendem: Je mehr Ausnahmen von der grundsätzlichen Verbindlichkeit des Befehls existieren, desto schwieriger wird für den Untergebenen dessen Prüfung, desto größer wird für ihn die Möglichkeit, sich über die Verbindlichkeit eines Befehls zu irren; von dem etwaigen bösen Willen oder der Trägheit des Untergebenen, die er desto leichter bemänteln kann, je enger die Grenzen des verbindlichen Befehls sind, wollen wir dabei ganz schweigen. Je größer aber die Möglichkeit eines Irrtums über die Verbindlichkeit, desto größer auch die Gefahr, daß verbindliche und noch obendrein völlig rechtmäßige Befehle straflos unausgeführt bleiben, desto größer die Gefahr einer schweren Disziplinschädigung. Das ist der springende Punkt, und deshalb können auch alle die mehr

oder weniger mit dem Pathos sittlicher Entrüstung vorgetragenen Einwendungen der Gegner, daß der rechtswidrige verbindliche Befehl den Menschen zur Maschine herabwürdige, „jedem Gefühl für Moral und Recht widerspreche“ (van Calker S. 105), und was dergleichen mehr ist, nicht verfangen. Auch nicht in dem Falle, daß der Untergebene selbst dann zum Gehorsam verpflichtet ist, wenn er die Deliktsqualität des Befehls erkannt hat. Denn auch hier ist keinerlei Gewähr dafür gegeben, daß diese „Erkenntnis“ auch wirklich richtig ist. Das scheint M. E. Mayer ganz zu übersehen, wenn er erklärt (Deutsches Militärstrafrecht I S. 117): „Für die Disziplin einer Verbrecherbande wäre eine solche Maxime unerläßlich, für einen Verband staatlicher Organe eine Schande.“ Es handelt sich nicht darum, daß rechtswidrige Befehle befolgt werden sollen, sondern darum, daß die Nichtbefolgung rechtmäßiger Befehle nach Möglichkeit vermieden werden soll. Damit soll übrigens nicht gesagt sein, daß bei einem Gewaltverhältnis, wo ein so eminentes staatliches Interesse an denkbar straffster Disziplin besteht, wie beim Militär, nicht auch die tatsächliche Vermeidung eines geringfügigen Delikts durch die in jedem Ungehorsam liegende Disziplingefährdung viel zu teuer erkauft erscheinen kann. Ich verweise in dieser Beziehung auf die oben von mir (S. 71 f.) angeführten praktischen Beispiele.

Andererseits ist die Erteilung eines deliktischen Befehls stets eine Pflichtverletzung. Bei dem Problem der Befehlsverbindlichkeit de lege ferenda stehen sich mithin gegenüber: Einerseits eine Gefahr, die stets eine Pflichtverletzung staatlicher Organe zur Voraussetzung hat. Andrerseits eine Gefahr, die hauptsächlich einen häufig durchaus entschuldbaren und deshalb umso häufigeren Irrtum zur Voraussetzung hat.

Pflichtverletzungen staatlicher Organe sind gottlob, wie wir wohl ohne nationale Überhebung sagen können, zumal in unserem deutschen Staatswesen eine verhältnismäßig seltene Ausnahme. Irren aber ist nur allzu menschlich. Welche Gefahr darnach rein objektiv die größere ist, sollte nicht zweifelhaft sein.

Und damit dürfte auch unser Standpunkt, daß die Möglichkeit von Gesetzwidrigkeiten gegenüber einer Disziplinschädigung grundsätzlich als das kleinere Übel zu betrachten ist, hinreichend begründet erscheinen.

Abweichungen in der Wertung der beiden widerstreitenden Gesichtspunkte bei den einzelnen Gewaltverhältnissen sind selbstverständlich schon dadurch gegeben, daß das Interesse des Staates an straffer Disziplin nach der Natur der verschiedenen Gewaltverhältnisse verschieden ist. Als leitende Gesichtspunkte aber werden zu gelten haben:

Erstens natürlich tunlichste Einschränkung des rechtswidrigen verbindlichen Befehls, soweit es das Interesse der Disziplin irgend zuläßt.

Zweitens Schaffung möglichster Kautelen gegen die Erteilung und Ausführung solcher Befehle.

Drittens aber, das ist der wichtigste und in unserem geltenden Recht reformbedürftigste Punkt, Schaffung klarer, unzweideutiger, positiver Gesetzesvorschriften über den Umfang der Befehlsverbindlichkeit bei den einzelnen Gewaltverhältnissen. Zur Erreichung dieses letzteren Zweckes wird vor allem mit dem in § 47 MStGB und anderwärts befolgten Prinzip zu brechen sein, die Verbindlichkeit indirekt durch die Verantwortlichkeit bestimmen zu wollen. Man gebe klare staatsrechtliche Vorschriften über die Verbindlichkeit, dann regelt sich die strafrechtliche Verantwortung nach den allgemeinen Lehren des Strafrechts von selbst. Zweckmäßig wäre lediglich, dem Streit darüber, ob für den Untergebenen im Falle eines verbindlichen Befehls nur die Schuld oder überhaupt die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist, ein Ende zu machen durch eine allgemeine Bestimmung etwa folgenden Inhalts: „Wer in Ausführung eines verbindlichen Befehls eines Vorgesetzten ein Strafgesetz verletzt hat, steht einer Person gleich, deren freie Willensbestimmung ausgeschlossen war“. Im übrigen bleibt dann der Strafgesetzgebung nur die Aufgabe, durch geschärfte Strafdrohungen dem deliktischen Befehl entgegenzuwirken.

2. Der Beamte.

Was den Beamtengehorsam im allgemeinen betrifft, so scheint mir die im Reich und in Preußen m. E. zur Zeit bestehende Regelung durchaus zweckentsprechend und beibehaltenswert und ihre Einführung in den Bundesstaaten, die zur Zeit eine anderweite Regelung haben, erwünscht. Nur bedürfte sie eines präzisen Ausdrucks durch positive Gesetzesbestimmung. Annehmbar dürfte etwa folgende Fassung sein:

„Jeder Beamte hat den von seinen direkten Vorgesezten innerhalb ihrer Zuständigkeit in gesetzmäßiger Form erlassenen Befehlen, die in den Kreis seiner Amtsgeschäfte fallen, pünktlich nachzukommen.

Diese Verpflichtung entfällt nur dann, wenn der Beamte weiß, daß durch die Ausführung des Befehls ein Strafgesetz verletzt werden würde. Eine Pflicht des Beamten zu irgend welcher Prüfung eines den Vorschriften des Abs. I entsprechenden Befehls rücksichtlich seines Inhalts besteht jedoch nicht".

Es könnte vielleicht auch nicht schaden, wenn ein Remonstrationsrecht des Beamten in zweifelhaften Fällen, vorausgesetzt, daß hierdurch die Ausführung des Befehls nicht verzögert wird, ausdrücklich anerkannt würde — natürlich ohne die Rechtsfolge der alten Remonstrationstheorie —, obwohl das Bestehen eines solchen Rechtes schon de lege lata kaum zweifelhaft sein kann. Die Bestimmung könnte etwa lauten — im unmittelbaren Anschluß als Abs. 3 an die vorhin vorgeschlagene:

„Erscheint einem Beamten die Übereinstimmung eines Befehls mit den Gesetzen zweifelhaft, so bleibt es ihm unbenommen, insoweit dadurch die Ausführung des Befehls nicht verzögert wird, bei der Behörde, die den Befehl erlassen hat und, falls diese bei dem Befehl verharrt, mit ihrem Wissen bei der nächst höheren Behörde in geziemender Weise vorstellig zu werden. Die Anbringung einer solchen Erinnerung darf, sofern sie nicht offenbar mutwillig oder grob leichtfertig erscheint, dem Beamten keinesfalls als Subordinationsverletzung zugerechnet werden."

Von diesem allgemeinen Gehorsamsprinzip erscheint mir jedoch eine Ausnahme wünschenswert hinsichtlich einer Beamtenklasse, der nach dem geltenden Recht eine Sonderstellung auf diesem Gebiet nicht zukommt. Das sind die Polizeibeamten. Nächst dem Militär sind sie die Kategorie von Staatsorganen, bei der es am meisten auf rasches, pünktliches Handeln, und, namentlich im Fall von Unruhen, auf straffe Disziplin ankommt. Bei ihnen erscheint es deshalb bedenklich, die Verbindlichkeit eines formell rechtmäßigen Befehls am Strafgesetz schlechthin Halt machen zu lassen. Es kann z. B. bei Haussuchungen und ähnlichen Anlässen, in denen Polizeibeamte eine Privatwohnung zu betreten genötigt sind, namentlich wenn es sich um ländliche Polizeibeamte handelt,

die nicht die Erfahrung und die Rechtskenntnisse ihrer großstädischen Kollegen besitzen, sehr leicht vorkommen — mir selbst ist ein solcher Fall aus der Praxis erinnerlich —, daß sich die Beamten durch den über das nötige Mundwerk verfügenden Wohnungsinhaber, der ihnen die Berechtigung zu ihrem Vorgehen bestreitet und mit Anzeige wegen Hausfriedensbruchs droht, tatsächlich kopfscheu machen lassen und von der Amtshandlung Abstand nehmen. Von deren rechtzeitiger Vornahme aber hängt vielleicht die Entscheidung eines eminent wichtigen Prozesses oder die Verhütung eines schweren Verbrechens ab! Noch ein anderer Fall: Es dürfte noch in allgemeiner Erinnerung sein, wie im Jahre 1912 der sozialdemokratische Abgeordnete Borchardt wegen anhaltender Renitenz gegen den Präsidenten auf Grund der Geschäftsordnung des preußischen Abgeordnetenhauses mit Polizeigewalt aus dem Sitzungssaale entfernt wurde. Bei diesem Vorfall rief der Abgeordnete Borchardt den Beamten wiederholt zu, wer ihn entferne, werde (nach § 105 StGB) mit Zuchthaus bestraft. Tatsächlich wurde ja auch sowohl vorher wie nachher von der gesamten sozialistischen und einem Teil der bürgerlichen Presse, und zwar auch von juristischer Seite, die Rechtsgültigkeit des beteffenden Geschäfstordnungsparagraphen bestritten. Die Beamten haben sich ja nun freilich durch die Rufe des Abgeordneten Borchardt nicht von ihrer Pflicht abhalten lassen. Es erscheint jedoch fraglich, inwieweit dies nicht lediglich der energischen Haltung des kommandierenden Polizeioffiziers zu danken ist. Hätte es sich um ein geringeres Polizeiaufgebot gehandelt, vielleicht nur unter Führung eines Wachtmeisters, so hätte es sehr leicht sein können, daß sich die Beamten, die vielleicht schon durch juristische Zeitungsartikel bedenklich gemacht waren, hätten einschüchtern lassen. Die unausbleibliche Folge wäre gewesen, daß das Abgeordnetenhaus der öffentlichen Lächerlichkeit anheim gefallen wäre und die Staatsautorität empfindliche Einbuße erlitten hätte.

Auf Polizeibeamte dürfte also m. E. der auf strafbare Handlungen bezügliche Satz der allgemeinen Bestimmung jedenfalls keine grundsätzliche Anwendung finden. Fraglich würde nur erscheinen, ob man vielleicht einzelne Delikte hiervon doch wieder ausnehmen sollte. Nötig ist dies kaum, da gegen die meisten und gerade die gefährlichsten Delikte schon durch das Erfordernis der

formellen Rechtmäßigkeit insofern hinreichende Garantieen bestehen dürften, als solche Handlungen meist schon aus dem Rahmen der abstrakten Zuständigkeit herausfallen. Immerhin könnten im Interesse der Staatssicherheit für alle Fälle die Delikte des Hoch- und Landesverrats sowie der Spionage ausgenommen werden. Die Sonderbestimmung würde dann unter Bezugnahme auf den von uns formulierten allgemeinen Paragraphen etwa lauten:

„Auf Polizeibeamte findet die Vorschrift des Abs. 2 Satz 1 nur insoweit Anwendung, als eine der im Ersten Abschnitt des Zweiten Teils des Strafgesetzbuchs oder in dem Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse vom 3. Juli 1893 aufgeführten strafbaren Handlungen in Frage steht."

Die allgemeine Bestimmung über das Remonstrationsrecht bei nicht eiligen Befehlen würde hierdurch natürlich nicht berührt.

Was die bereits de lege lata bestehenden besonderen Rechtssätze über die Gehorsamspflicht einzelner Beamtenkategorien betrifft, so dürfte gegen diese nichts zu erinnern sein mit Ausnahme der Vorschrift des § 97 Abs. 3 MStGO (vergl. oben S. 68). Obgleich ein positiver Schaden von dieser Vorschrift dank der Bestimmung, daß die Akten unverzüglich dem Oberkriegsgericht zur rechtlichen Beurteilung vorzulegen sind, nicht zu erwarten ist, so sind doch die scharfen Worte Bindings gegen diese Vorschrift (LB II S. 770 n 7), die er „eine der unwürdigsten des neueren Rechts" nennt, durchaus berechtigt. Es ist in der Tat eine direkte Herabwürdigung des Juristenstandes, daß in reinen Rechtsfragen die Ansicht eine Laien für einen Juristen, wenn auch nur vorläufig, unbedingt maßgebend sein soll. Diese Vorschrift wäre daher am besten zu streichen.

Im Zusammenhang mit dem Problem des Beamtengehorsams erscheint es angebracht, den im Vorentwurf und im Gegenentwurf zum neuen Strafgesetzbuch vorgesehenen Bestimmungen über den Widerstand gegen die Staatsgewalt einen Blick zu schenken. § 126 des Vorentwurfs modifiziert das geltende Recht in mehrfacher Weise. Durch ihn wird mit Strafe bedroht, wer „versucht, eine Behörde oder einen Beamten durch Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu einer Amtshandlung zu nötigen oder an der Vornahme einer rechtmäßigen Amtshandlung zu hindern, oder wer einen zur Vornahme von Vollstreckungen oder zum Forst-, Jagd-

oder Fischereischutz berufenen Beamten oder eine zu deren Unterstützung zugezogene Person während der rechtmäßigen Ausübung des Amtes tätlich angreift". Nach Satz 2 desselben Absatzes bezieht sich die Vorschrift außer den bereits genannten Beamten auch auf Mannschaften der bewaffneten Macht oder einer zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit obrigkeitlich bestellten Wehr. Abgesehen von der m. E. zu billigenden Ausdehnung des ersten Teils der Vorschrift auch auf andere als Vollstreckungsbeamte und die ihnen schon im geltenden Recht gleichgestellten Organe und Privatpersonen stellt dieser Paragraph, soweit er uns hier interessiert, zunächst insofern eine Abweichung vom geltenden Recht dar, als die nicht in einem tätlichen Angriff bestehende Widersetzung gegen einen auf rechtswidrigen, aber verbindlichen Befehl handelnden Beamten, — der also zwar in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes ist, aber keine rechtmäßige Amtshandlung vornimmt — auch dann nicht als Widerstand strafbar ist, wenn im konkreten Fall die Voraussetzungen der Notwehr nicht vorliegen. Höchstwahrscheinlich wird man aber eine weitere Abweichung darin erblicken müssen, daß der Vorentwurf offenbar absichtlich von der rechtmäßigen Ausübung „des" Amtes spricht, während im § 113 StGB von der rechtmäßigen Ausübung „seines" Amtes die Rede ist. Eine Unterscheidung zwischen Amtsausübung und Amtshandlung soll also offenbar abgelehnt werden. Das wird bestätigt durch folgenden Satz der Begründung des Vorentwurfes (S. 467): „Handelt die Amtsperson objektiv widerrechtlich, so ist die dagegen ankämpfende Widerstandstat nicht rechtswidrig und deshalb nicht strafbar". Darnach würde das Obengesagte auch im Fall eines tätlichen Angriffs auf den Beamten gelten. Es bestände also dem auf bindenden Befehl handelnden Beamten gegenüber ein Widerstandsrecht in genau denselben Grenzen, wie gegenüber dem aus eigener Initiative Handelnden, ganz ohne Rücksicht, ob die Voraussetzungen der Notwehr gegeben sind oder nicht. Das scheint mir mit Rücksicht auf den untergebenen Beamten, der nach Möglichkeit geschützt werden muß, nicht zu billigen. Wer sich einer Amtshandlung gegenüber nicht in Notwehr befindet, hat keinen so dringenden Anlaß, sich der wenn auch rechtswidrigen Amtshandlung zu widersetzen, daß demzuliebe ein pflichtgetreuer Beamter Nachteile

erleiden dürfte. Zweckmäßig würde daher der Vorentwurf bei Fortbestand seiner Fassung im übrigen den Ausdruck „Amtshandlung“ ganz vermeiden und zu der Fassung des geltenden Strafgesetzbuchs „in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes“ zurückkehren.

Der Gegenentwurf geht seinerseits wieder nach der entgegengesetzten Seite viel zu weit. Sein § 135 unterscheidet sich zwar von § 126 des Vorentwurfs nur unwesentlich. Dafür hat er aber in § 136 folgende Bestimmung vorgesehen, durch die der ganze Rechtszustand ein anderes Gesicht erhält:

„Eine rechtmäßige Amtshandlung oder Amtsausübung im Sinne des § 135 Abs. I liegt auf Seiten eines zur Vornahme von Vollstreckungen oder zum Forst-, Jagd- oder Fischereischutz berufenen Beamten dann vor, wenn der Beamte innerhalb seiner Zuständigkeit und unter Beobachtung der wesentlichen Formen gehandelt hat.“ Dadurch würde das Widerstandsrecht des Staatsbürgers nicht nur gegen die Ausführung rechtswidriger Befehle, sondern auch gegen rechtswidrige Amtshandlungen aus eigener Initiative nahezu illusorisch gemacht. Und das erscheint trotz des der Bestimmung zugrunde liegenden lobenswerten Bestrebens, einerseits die Staatsgewalt vor Angriffen, andererseits den Staatsbürger vor Bestrafungen wegen unüberlegten Widerstandes nach Möglichkeit zu schützen, nicht annehmbar. (Vgl. gegen den Vorentwurf auch Tiessen S. 63). Dieser Zweck muß auf andere Weise zu erreichen versucht werden. Und zwar scheint mir der gangbarste Weg hierzu eine gesetzliche Festlegung der bestehenden reichsgerichtlichen Praxis, wonach der Irrtum des Widerstand Leistenden über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung einflußlos bleibt. Mit der Billigkeit steht dieser Grundsatz m. E. durchaus im Einklang. Wer seiner Sache nicht sicher ist und auf Grund seiner Gesetzeskenntnis sicher sein kann, der soll eben einem Beamten nicht Widerstand leisten, sondern auf die Einsicht und Pflichtreue der Staatsorgane vertrauen. Andererseits darf dem, der sich über die Rechtmäßigkeit eines Amtsakts ein Urteil zu bilden tatsächlich in der Lage ist, sein Widerstandsrecht gegen rechtswidrige Amtshandlungen nicht verkümmert werden. Eine gesetzliche Festlegung dieses Grundsatzes erscheint aber deshalb wünschenswert, weil der Standpunkt des Reichsgerichts, daß die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung nicht

Tatbestandsmerkmal, sondern Strafbarkeitsbedingung sei, wissenschaftlich keinesweg unbedenklich ist.

Eine gesetzgeberische Verwirklichung des § 136 des Gegenentwurfs wäre daher m. E. nicht zu wünschen, wohl aber eine Zusatzbestimmung zum Widerstands-, oder wie die Terminologie der Entwürfe lautet, Beamtennötigungsparagraphen etwa folgenden Inhalts:

„Ein Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung befreit den Täter nicht von Strafe.“ So auch im Ergebnis die Kommissionsfassung. Vgl. Ebermayer S. 391.

Es bleibt schließlich noch zu betrachten die Frage der Straferhöhung für den Befehlenden und die selbstständige Strafandrohung für den deliktischen Befehl als solchen. Der Vorentwurf bringt Beides, indem er in § 208 die Vorschrift des § 357 Abs. I StGB, soweit sie für uns von Interesse ist, übernimmt (vgl. auch Ebermayer S. 59), also den deliktischen Befehl als solchen mit Strafe bedroht und in § 210 folgende neue Bestimmung vorsieht:

„Begeht ein Beamter vorsätzlich in oder bei der Ausübung des Amtes ein in den übrigen Abschnitten dieses Gesetzes vorgesehenes Verbrechen oder Vergehen, so wird die angedrohte Strafe im Höchstmaß um die Hälfte erhöht, doch darf der gesetzliche Höchstbetrag der zur Anwendung kommenden Strafart nicht überschritten werden.

Die Strafverfolgung tritt stets ohne Antrag ein.“

Diese Vorschrift würde auch auf den untergebenen Beamten, soweit er für die Ausführung eines Befehls verantwortlich wird, anzuwenden sein. Insofern ist sie m. E. nicht zu billigen. Wie oben ausgeführt, erscheint selbst der unverbindliche Befehl häufig als Strafmilderungsgrund für den Untergebenen. Eine Straferhöhung ist daher für ihn ganz und gar nicht am Platze. Diesem Mangel würde aber leicht abzuhelfen sein durch Einschaltung der Worte „aus selbständiger Entschließung“ hinter dem Worte „vorsätzlich“ in § 210 VE. In dieser Fassung wäre die Bestimmung m. E. lebhaft zu begrüßen. Ebenso ist natürlich auch die des § 208 VE durchaus zu billigen.

Der Gegenentwurf geht in § 90 in Verbindung mit § 89 über § 208 VE noch bedeutend hinaus, indem er auch fahrlässige Delikte eines Beamten mit erhöhter Strafe belegt, und eine Erhöhung bis auf das gesetzliche Höchstmaß der angedrohten zeitlichen Frei-

heitsstrafe zuläßt. Das scheint mir denn doch eine übertriebene Härte zu sein. Andererseits wieder zu mild für den uns beschäftigenden Fall ist m. E. die allgemeine Bestimmung des § 32 Abs. 2, in der der Gegenentwurf § 208 VE aufgehen lassen will:

„Wer einen andern zu einem Verbrechen zu bestimmen versucht, wird nach den Vorschriften über den Versuch (§§ 27—30) bestraft."

3. Der Soldat.

§ 47 MStGB ist m. E. auf dem ganzen von uns behandelten Gebiet die reformbedürftigste Bestimmung unseres geltenden Rechts. Wollte man ihn überhaupt in annähernd ähnlicher Fassung bestehen lassen, so wäre schon aus rein gesetzgebungstechnischen Gründen die Streichung der gänzlich überflüssigen Ziffer 1 angebracht. Die geltende Fassung ist aber, wie wir schon wiederholt betont haben, im Prinzip verfehlt, indem sie die Verbindlichkeit als das Primäre durch das Sekundäre, die Verantwortlichkeit, zu bestimmen sucht. Sie wäre daher vor allem zu ersetzen durch eine Bestimmung, die die Grenzen der Verbindlichkeit des militärischen Befehls in unzweideutiger Weise positiv ausspricht, so daß auch der gemeine Soldat auf Grund einer leichtverständlichen Instruktion in die Lage versetzt wird, soweit sich dies überhaupt erreichen läßt, im Einzelfalle genau Bescheid zu wissen.

Zwei wunde Punkte sind es, die das geltende Recht hier aufweist. Einmal die Unterscheidung zwischen „Dienstbefehl" und „Befehl in Dienstsachen". Diese Terminologie müßte aufgegeben werden. Der Soldat braucht Begriffe, die aus sich heraus verständlich sind und nicht erst durch subtile juristische Unterscheidungen. Man bezeichne einfach das, was heute „Befehl in Dienstsachen" heißt, als „Dienstbefehl", alles andere als „Befehl in Privatsachen". Dazu würde freilich eine Umarbeitung nicht nur des § 47, sondern noch einer Reihe weiterer Bestimmungen des Militärstrafgesetzbuchs nötig sein, deren Aufzählung hier zu weit führen würde (vergl. oben S. 73).

Der zweite große Fehler des § 47 aber ist die für den Befehl in Dienstsachen getroffene Abgrenzung im Verbrechen und Vergehen einerseits, Übertretungen andererseits. Infolgedessen ist es heute für den Soldaten fast unmöglich, sich über die Verbindlich-

keit eines Befehls mit Sicherheit klar zu werden. Um diesen Fehler zu vermeiden, gibt es zwei Wege:

Der eine wäre die Statuierung der Unverbindlichkeit auch bei Übertretungen. (Dafür von Bar, Ges. u. Sch. III S. 119). Im Interesse möglichster Klarheit wäre das unzweifelhaft das Beste, im Interesse der notwendigen militärischen Disziplin ist es aber m. E. schlechterdings unannehmbar. Es kann insoweit auf unsere Ausführungen S. 71 ff verwiesen werden.

Der zweite Weg wäre die Aufstellung der absoluten Gehorsamspflicht (dafür Brauer, GS 1856 S. 388; Hecker S. 123; von Koppmann § 47 n 11) oder einer ihr nahekommenden, derart, daß nur einzelne bestimmte Gruppen von Delikten der Verbindlichkeit des Befehls eine Schranke setzten.

Das Letztere wäre m. E. das Richtigste. Und zwar sollte die Unverbindlichkeit beschränkt werden auf das Vorliegen von Delikten gegen die militärische Treue. Nur ist freilich dieser Begriff an sich viel zu allgemein, um dem Soldaten einen sicheren Anhaltspunkt zu gewähren. Zweckmäßig müßte daher das Gesetz, ähnlich wie § 16 des hannoverschen Militärstrafgesetzbuchs, eine Erläuterung dieses Begriffs durch erschöpfende Aufzählung der ihm unterfallenden Deliktsarten geben. Das wären Hoch- Landes- und Kriegsverrat, Gefährung der Kriegsmacht im Felde, unerlaubte Entfernung und Fahnenflucht, Selbstbeschädigung und Vorschützung von Gebrechen, Feigheit, Handlungen gegen die militärische Unterordnung, Erstattung unrichtiger Meldungen, Berichte usw., Bestechung, Verlassen des Postens, Spionage.

Darnach würde ich mir die zu schaffende Bestimmung etwa so denken:

Zur Befolgung eines Befehls, der in irgend einer Weise das militärdienstliche Interesse berühren kann (Dienstbefehl), ist der Untergebene stets verpflichtet, außer wenn er weiß, daß der Befehl eine Handlung betrifft, die eine strafbare Handlung gegen die militärische Treue darstellt.

Strafbare Handlungen gegen die militärische Treue im Sinne dieser Vorschrift sind nur die im Ersten Abschnitt des Zweiten Teils des Strafgesetzbuchs, im Ersten bis Sechsten Abschnitts des Zweiten Teils des Militärstrafgesetzbuchs und in den §§ 139 bis 141 desselben, sowie in dem Gesetz gegen den Verrat mili-

tärischer Geheimnisse vom 3. Juli 1893 mit Strafe bedrohten Handlungen.

Zur Befolgung eines Befehls in Privatsachen ist der Untergebene nicht verpflichtet, wenn er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß durch dessen Ausführung ein Strafgesetz verletzt werden würde."

Eine Bestimmung, wie die für Beamte vorgeschlagene betr. das Remonstrationsrecht bei nicht eiligen Befehlen wäre auch hier anzuschließen. Der auf Grund einer solchen Vorschrift ordnungsmäßig instruierte Soldat (ein Abdruck der der darin angezogenen strafgesetzlichen Bestimmungen müßte jedem Mann zugänglich gemacht und ebenso wie die Kriegsartikel durch jedesmalige Verlesung bei Kontrollversammlungen erneut eingeschärft werden) wird kaum je in die Lage kommen, die Verbindlichkeit eines Befehls nicht richtig beurteilen zu können.

Von den sonstigen in diesem Zusammenhang de lege ferenda interessierenden militärrechtlichen Fragen wäre noch zu nennen die der Strafbarkeit des fahrlässigen Ungehorsams. Zu wünschen wäre m. E. eine positive Bestimmung des Inhalts, daß fahrlässiger Ungehorsam gegen einen Befehl in Dienstsachen kriminell nur strafbar ist, wenn er im Felde begangen und dadurch die Gefahr eines erheblichen Nachteils herbeigeführt worden ist.

4. Der Schiffsmann.

Zu einer Änderung der bestehenden Vorschriften über die Gehorsamspflicht des Schiffsmanns liegt m. E. kein Anlaß vor. Die Autorität des Kapitäns muß naturnotwendig eine sehr starke sein, da sie an Bord des Schiffes überhaupt die einzige Autorität ist. In ihm verkörpert sich für das Schiff und seine Insassen die Staatsgewalt. Einschränkungen bezüglich hochverräterischer oder auf Spionage abzielender Befehle zu machen, erübrigt sich hier, da solche Handlungen schon aus dem Rahmen des Schiffsdienstes fortfallen. Dagegen wäre die Schaffung einer besonderen Strafdrohung für den Erlaß deliktischer Befehle in Verbindung mit erhöhter Strafe für den Befehlenden im Fall ihrer Ausführung am Platze.